Scriptura und pictura

im Römischen und Bürgerlichen Rechte.

Ein Beitrag zur Lehre von der Akzession.

INAUGURAL-DISSERTATION

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Karrass

aus Berlin,

Referendar am Königlichen Amtsgericht zu Charlottenburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 27. Januar 1905.

Berlin 1905.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

112

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0078

Angabe der benutzten Literatur.

Archiv für die zivilistische Praxis s. Bechmann, Fitting, Madai, Tobias.

Arndts von Arnesberg, Pandekten, 13. Auflage, Stuttgart 1886.

Baron, Pandekten, Leipzig 1872.

Baeumker, Das Problem der Materie in der griechischen Philosophie, Münster 1890.

Bechmann, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Akzession, Kiel 1867. ['Akz.']

— Rechtsgrund der Spezifikation, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 47, Heidelberg 1864. ['Spez.']

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Recht, Band 3, Sachenrecht.

Boecking, Pandekten, Band 2, erste Lieferung, Leipzig 1855.

Bremer, Besprechung der Bechmannschen und Fittingschen Aufsätze in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Band 10, 1868.

Brinz, Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1873.

Brissonius, *de verborum significatione,* Magdeburg 1743.

Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Fischer und Henle, 3. Aufl., München 1899.

Corpus iuris civilis, edictio octava, Krueger-Mommsen, Berlin 1899.

— Glossierte Ausgabe, Lyon 1543.

Cosack, Das Sachenrecht im Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich, Berlin 1889. ['Sachenrecht im Entw.']

— Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Aufl., Jena 1901. ['Sachenrecht.']

Cretschmar, Rheinisches Zivilrecht, 4. Aufl., Düsseldorf 1896.

Cujaci Jacobi *opera omnia,* Neapel 1748, Band 1 und 5.

Czyhlarz, von, Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels *de a. r. d.* 41, 1 (Separatausgabe von Glücks Pandektenkommentar, Serie der Bücher 41, 42, Teil 1), Band 1, Erlangen 1887.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens, Halle 1898. ['Sachenrecht.']

— Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900. ['Pand.']

— Preussisches Privatrecht, Band 1, 5. Aufl., Halle 1894. ['Pr. Privatr.']

— Ueber Sell: Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte in der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Band 1, Heidelberg 1853. ['Krit. Zeitschr.']

Donelli Hugonis *opera omnia; Commentariorum tomus I*, Rom 1828.
Eccius, (Förster-Eccius), Preussisches Privatrecht, Berlin 1896.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Band I, Berlin 1903.
Endemann, Bürgerliches Recht, Band 2, 3.– 5. Aufl., Berlin 1900.
Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., 2. Band, Marburg 1901.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Lesung, amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
— eines B.G.B. für das Deutsche Reich, II. Lesung, Band 3, Berlin 1894.
Festgabe der Breslauer Juristenfakultät zum Doktorjubiläum Rudolf von Iherings s. Fischer.
Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit, in der Festgabe der Breslauer Juristenfakultät, Breslau 1892.
Fitting, Die Spezifikation, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 48, Heidelberg 1865.
Gai institutiones, ediderunt Paulus Krueger et Guilelmus Studemund; editio quarta, Berlin 1899.
Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, Halle 1871.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 38, Berlin 1894.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht s. Hoffmann.
Gutachtliche Aeusserungen zu dem Entwurfe eines B.G.B. Gefertigt im Reichsjustizamt, 3. Band, Berlin 1890.
Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, erläutert von Litthauer, 12. Aufl., Berlin 1901.
Herr, Die Haftung des Spezifikanten, Greifswalder Dissertation 1903.
Hoffmann, Die Eigenheit der Sachen in Grünhuts Zeitschrift, Band 23, Wien 1896.
Holtzendorff, von, Rechtslexikon s. Pfizer.
Huber, *Praelectiones iuris civilis,* Leipzig 1707.
Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts s. Kohler, v. Jhering.
Jhering, von, Die Uebertragung der *reivindicatio* auf den Nichteigentümer, in den Jahrbüchern für die Dogmatik, Band 1.
Johow, Teilentwurf des Redaktors, Sachenrecht, Berlin 1880.
Jürgensen, § 950 B.G.B.; Rostocker Dissertation 1903.
Keller, von, Pandekten, Band 1, 2. Aufl., Leipzig 1866.
Kipp s. Windscheid-Kipp.
Kohler, Das Autorrecht, in den Jahrbüchern für die Dogmatik, Band 18 Jena 1880.
Kritische Vierteljahrsschrift s. Bremer, Schneider.
Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft s. Dernburg.

Lauterbach, *collegium theoreticopracticum ad L. Digestorum libros*, Tübingen 1763—1765.

Leist, Ueber die Natur des Eigentums, Jena 1859.

Leske, Das B.G.B. und das allgemeine Landrecht, Band 1.

Liszt, von, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1902, 11. Aufl.

Madai, Ueber die Eigentumsfrage an Daguerrotypbildern, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 26, Heidelberg 1843.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 3, 3. Aufl., Berlin 1900.

Meykow, Die Lehre des Römischen Rechts vom Eigentumserwerb durch Spezifikation, in Osenbrüggens Dorpater juristischen Studien, Dorpat 1849.

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B., Band 3, Amtl. Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B., Band 3, Berlin 1899.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Berlin 1900.

Osenbrüggen, Dorpater juristische Studien s. Meykow.

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit, II. Abt., Heidelberg 1858.

Paret, Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Spezifikation, Leipzig 1892.

Pernice, M. Antistius Labeo, Band 1 und 2, Halle 1878.

Pfizer, Ueber Akzession, in von Holtzendorffs Rechtslexikon, Band 1.

Planck, Kommentar zum B.G.B., Band 3, Sachenrecht.

Pokrowsky, von, Die *actiones in factum* des klassischen Rechts in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt., Band 16, Weimar 1895.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Band 1, Leipzig 1847. ['Vorles.']

— Pandekten, 12. Aufl., Leipzig 1877. ['Pand.']

— Institutionen, 10. Aufl., Leipzig 1893. ['Inst.']

Rehbein und Reincke, Allgemeines Landrecht mit Erläuterungen, Band 1, 4. Aufl., Berlin 1889.

Rosenthal, Die Haftung des Spezifikanten gegenüber dem Eigentümer, Greifswalder Dissertation 1903.

Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, Band 2, Leipzig 1859.

Salkowsky, Institutionen, Leipzig 1898.

Savigny, von, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, Berlin 1840.

Scheurl, von, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Band 1, Erlangen 1853.

Schneider, über Dr. Sulzer, in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Band 26.

Schmidt, Die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs durch Spezifikation, Leipziger Dissertation 1903.

Schultz, Die Lehre von der Spezifikation, Greifswalder Dissertation 1901.

Sell, Versuche im Gebiete des Zivilrechts, Teil I, Abh. 1, Giessen 1833.

Seufferts Archiv, Band 9, 13.

Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts, Jena 1900.

Siebenhaar, Kommentar zum B.G.B. für das Königreich Sachsen, Band 1, Leipzig 1864.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Band 1, 3. Aufl., Leipzig 1868.

Sohm, Institutionen, 8. und 9. Auflage, Leipzig 1899.

Sokolowski, Die Lehre von der Spezifikation in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Roman. Abt., Band 17, Weimar 1896. ['Spez.']

— Die Philosophie im Privatrecht, Halle a. d. S. 1902. ['Phil.']

Staudinger, von, Kommentar zum B.G.B., Band 3, München 1898.

Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, erläutert von Rüdorff, 20. Aufl., Berlin 1900.

Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877, erläutert von Hellweg, 12. Aufl., Berlin 1903.

Strauss, Stoff und Arbeit, ein Beitrag zu der Lehre von der Spezifikation, Berlin 1899.

Sulzer, Der Eigentumserwerb durch Spezifikation, Zürich 1884.

Tobias, Der Eigentumserwerb durch Verbindung im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 94, Tübingen und Leipzig 1903.

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht, Paderborn 1900.

Vangerow, von, Pandekten, Band 1, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1863.

Waechter, von, Pandekten, Band 2, Leipzig 1881. ['Pand.']

— Ueber Akzession, in Weiskes Rechtslexikon, Band 1. ['Wächter bei Weiske.']

Weiske, Rechtslexikon s. Waechter.

Wendt, Pandekten, Jena 1888.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.

Witte, Bereicherungsklagen, Halle 1859.

Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte s. Sokolowski, Pokrowsky.

Werke von Verfassern, die nur einmal genannt sind, werden, wenn Missverständnisse ausgeschlossen sind, mit dem blossen Namen des Verfassers, die der mehrmals angeführten mit dem Namen und dem in [] beigefügten, abgekürzten Unterscheidungswort zitiert.

Disposition.

Seite

A. Einleitung: *scriptura* und *pictura* als philosophisch-juristisches Problem . . . . . § 1, 1—3

B. Im Römischen Rechte.

I. Die Stellung der Behandlung der *scriptura* und *pictura* im System des Römischen Rechtes.

1. Die *accessio* als Eigentumserwerbsart . . . . § 2, 3—7

2. Die Fälle der *accessio* . . . . . § 3, 7—13

II. Die Akzessionsverhältnisse der *scriptura* und *pictura* insbesondere und ihr Verhältnis zur Spezifikation . . § 4, 13—18

III. *Scriptura* und *pictura* im einzelnen.

a) Die *scriptura*.

1. Ihre rechtliche Beurteilung.

α) Die Abgrenzung des Begriffs . . . . . § 5, 19—20

β) Die philosophische Seite ihrer Beurteilung . § 6, 20—21

γ) Die juristische Seite ihrer Beurteilung (Begriff der Nebensache) . . . . . § 7, 21—25

δ) Der physische Vorgang beim Schreiben und seine Folgen . . . . . § 8, 26—32

ε) Ausdehnung im gemeinen Rechte . . . . § 9, 32—33

2. Der Ausgleich wegen des Eigentumsverlustes.

α) Die *rei vindicatio* und die *actio ad exhibendum* . . . . . § 10, 33—35

β) Die *actio in factum* . . . . . § 11, 35—37

γ) Der Impensencharakter der Schrift . . . § 12, 37—41

δ) Behandlung in der Praxis . . . . . § 13, 41—42

b) Die *pictura*.

1. Ihre rechtliche Beurteilung.

α) Die Abgrenzung des Begriffs . . . . . § 14, 42—44

β) Die Quellenstellen . . . . . § 15, 44—46

γ) Die drei Theorien . . . . . § 16, 46—48

δ) Die philosophische Seite ihrer Beurteilung . § 17, 48—49

ε) Die juristische Seite ihrer Beurteilung . . § 18, 49—52

ζ) Ablehnung der Theorie vom geistigen Eigentum . . . . . § 19, 52—53

η) Verhältnis des Gemäldes zur *universitas rerum cohaerentium* . . . . . § 20, 53—55

Seite

2. Analoge Ausdehnung auf moderne Erfindungen (Anhang) . . . . . § 21, 55—56
3. Der Ausgleich wegen des Eigentumsverlustes.
α) Nach der prokuleanischen Auffassung . . § 22, 56—57
β) Nach der sabinianischen Auffassung . . . § 23, 57—58
γ) Nach der vermittelnden Auffassung.
a′) Bei gutem Glauben des Malers.
α′) Die *actio utilis* . . . . . § 24, 58—62
β′) Das prozessuale Verfahren . . . . § 25, 62—64
b′) Bei bösem Glauben des Malers und beim *furtum* . . . . . § 26, 64—65
δ) Das Verhältnis von Tafeleigentümer und Maler gegenüber einem Drittbesitzer . . . § 27, 65—67

C. Die Entwickelung vom Gemeinen Rechte bis an das B.G.B. § 28, 67—69

D. Im Bürgerlichen Rechte.
1. Die rechtliche Beurteilung.
α) Bearbeitung und Verarbeitung . . . . . § 29, 70—73
β) Das Entstehen einer neuen Sache . . . . . § 30, 74—79
γ) Das Verhältnis des Wertes der Bearbeitung zum Stoffwert.
a′) Die Bearbeitung . . . . . § 31, 79—84
b′) Der Stoff . . . . . § 32, 84—85
δ) Nichtbeachtung der subjektiven Momente der Rückführbarkeit und des guten Glaubens . . . . . § 33, 86—89
ε) Bearbeitung für andere . . . . . § 34, 89—91
ζ) Folgen des Eigentumserwerbs durch Bearbeitung . § 35, 92—93
η) Rechtliche Folgen bei erheblichem Minderwert der Bearbeitung . . . . . § 36, 93—95
ϑ) Einige andere Wirkungen der Bearbeitung . . . § 37, 95—97
2. Die Ausnahme des § 952 B.G.B. . . . . § 38, 98—99
3. Der Ausgleich.
α) Die obligatorische Regelung . . . . . § 39, 99—100
β) Bei gutem Glauben des Bearbeiters . . . . § 40, 100—102
γ) Bei bösem Glauben . . . . . § 41, 102
δ) Bei unerlaubten Handlungen . . . . . § 42, 102—104

§ 1.

A. Einleitung.

Scriptura und pictura als philosophisch-juristisches Problem.

In der Lehre von der *accessio*, in die, wie unten[1]) gezeigt ist, die Lehre von der *scriptura* und *pictura* gehört, „finden wir deutliche Spuren der philosophischen Theorien über das Werden und die Klassifizierung der Dinge“[2]). „Das Wesen und die Bedeutung der Naturphilosophie liegt nun in der Beurteilung des Stofflichen“[3]), ihr Hauptgebiet ist die Welt des Körperlichen, die der Sachen[4]). Nirgends aber im Gebiete des Sachenrechts zeigen die philosophischen Systeme[5]) ihren umfassenden Einfluss auf die klassischen Juristen[6]) klarer als bei der Lehre von der Akzession; „nur durch die philosophische Analyse erklären sich die bunten Widersprüche in dieser Lehre“[7]).

Der Philosophie kommt nun „im klassischen Rechte dieselbe Bedeutung zu wie im modernen etwa dem Verkehr“[8]) oder der Naturwissenschaft[9]); auch die Verkehrsauffassung

[1]) § 3, S. 7 ff. und § 4, S. 13 ff.

[2]) Sokolowski, Phil. S. 112; vgl. auch Göppert S. 75 ff.

[3]) Sokolowski, Phil. S. 23, 187.

[4]) Ueber den Einfluss der Philosophie auf die sachenrechtlichen Begriffe der Juristen vgl. z. B. Alfenus in l. 76 D. *de iud.* 5, 1: *ut philosophi dicerent* (zitiert bei Sokolowski, Phil. S. 505, Anm. 74); oder des Aristoteles: *σῶμα δὲ ἅπαν ἁπτόν* und des Gaius (Inst. II § 13): *res corporales hae sunt, quae tangi possunt.*

[5]) Ueber sie s. Sokolowski, Phil. S. 9, 29—35.

[6]) vgl. Sokolowski, Phil. S. 135.

[7]) Sokolowski, Phil. S. 128.

[8]) vgl. Schultz, S. 12, 15 ff., 48; B.G.B. § 157; unten § 7.

[9]) Sokolowski, Phil. S. 7.

oder die der Naturwissenschaft dient allgemeiner Orientierung. Da nun gerade „die Beurteilung der Kunst, insbesondere der Malerei, im Rechtsverkehr ein interessantes und wichtiges Gebiet für den Wettstreit der philosophischen Systeme um die Herrschaft über das Leben bilden“ [10]) und „die römischen Rechtslehrer die Söhne eines durch und durch philosophischen Zeitalters“ [11]) sind, können wir ohne eine eingehendere Betrachtung der philosophischen Systeme nicht in die Denkweise der klassischen Juristen eindringen, wenn wir uns auch hüten müssen, die Philosophie zur „Herrin auf dem Gebiete des positiven Rechtes zu machen“ [12]); „zur allgemeinen Orientierung aber sollen die philosophischen Erörterungen dienen“ [13]). Es folgt hieraus, dass neben der philosophischen Seite die juristische nicht ausser acht zu lassen ist. Das geschieht nicht, um „die auf diesem Gebiete herrschende Verwirrung zu umgehen oder sie mit kasuistischen Erklärungen der juristischen Technik zu beseitigen“ [14]); vielmehr sollen die den philosophischen entsprechenden juristischen Folgerungen von sich aus selbständig entwickelt werden.

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass in der Kompilation Justinians die philosophischen Deduktionen der heidnischen Juristen aus engherziger, missverstandener Auffassung des Christentums keinen Platz gefunden haben; dass nur das Resultat in den praktischen Entscheidungen gewürdigt, die der heidnischen Erkenntnislehre entnommenen Beweggründe als mit den Anschauungen des Christentums unvereinbar einfach beiseite geschoben, ja vernichtet wurden [15]). Diese ursprünglichen Motive zu berücksichtigen, zu betrachten, wie auf ihrer Grundlage die vorhandenen Entscheidungen erwuchsen, muss ein, wenn auch untergeordneter Teil unserer Aufgabe sein.

---

[10]) Sokolowski, Phil. S. 168.
[11]) Sokolowski, Phil. S. 7.
[12]) Dernburg, Pand. I, 1 S. VI—VII.
[13]) Fischer, S. 11.
[14]) Sokolowski, Phil. S. 128.
[15]) vgl. dazu Sokolowski, Phil. S. 14 u. 183.

Gering mag die praktische Bedeutung der zu behandelnden Fälle sein; es wird nicht oft zu praktischen Entscheidungen der Gerichte gekommen sein in Fällen des Malens auf fremder Unterlage, des Schreibens auf fremdem Papiere. „Der klassische Jurist aber zeigt sich in der Behandlung dieser Fragen weit mehr als universeller Denker, denn als Rechtspraktiker“ [16]). Und von diesem Gesichtspunkte aus gehören *scriptura* und *pictura* zu den interessantesten Erscheinungen des römischen Sachenrechts; „sie zeigen uns, in welcher Weise die genialen römischen Rechtsbildner sich auf die ihrer Zeit eigentümlichen Weltanschauungen stützten“ [17]).

B. Im Römischen Rechte.

I. Die Stellung der scriptura und pictura im System des Römischen Rechts.

§ 2.

1. Die accessio als Eigentumserwerbsart.

Die eigentümliche Behandlung, die die Römischen Juristen den Fällen der *scriptura* und *pictura* haben zuteil werden lassen, zwingt zunächst zu einer eingehenden Behandlung der Stellung der beiden Fälle im Römischen Rechte, damit man aus der mannigfachen Beziehung dieser Fälle zueinander und zu den übrigen ihnen ähnlichen einen Wegweiser findet für die Entscheidung, die schliesslich getroffen worden ist.

Wir finden beide Fälle im ersten Titel des einundvierzigsten Buches der Digesten [18]), wo sie unter den Arten des Eigentumserwerbs *(de acquirendo rerum dominio)* behandelt werden. Legen wir Dernburgs [19]) Einteilung der Eigentums-

---

[16]) Sokolowski, Phil. S. 168.

[17]) Sokolowski, Phil. S. 8.

[18]) *Scriptura* in l. 9 § 1 D. *de a. r. d.* 41, 1; *pictura* in l. 9 § 2 D. *de a. r. d.* 41, 1.

[19]) Pand. I, 2 S. 81.

erwerbsarten zugrunde, so sehen wir, dass der Titel vier Hauptabschnitte umfasst; zunächst den Erwerb herrenloser oder neu entstehender Güter durch Tätigkeit des Erwerbers (insbesondere durch Okkupation und Spezifikation), dann den Erwerb infolge des Eigentums an einer anderen Sache. Diesen zweiten Erwerbsgrund (die Fälle der 'Akzession' genannt[20])), teilt Dernburg, im Gegensatz zu Bechmann[21]), wiederum ein in blosse Erweiterung der Hauptsache (Akzession im engeren Sinne) und in den Erwerb von Sachen, welche selbständige Vermögensobjekte bilden (z. B. Schatzhälfte); die beiden letzten Hauptabschnitte behandeln den Wechsel des Eigentums in derivativer Weise und den durch Ersitzung; im wesentlichen dieselbe Einteilung, allerdings in anderer Unterordnung, findet sich bei Windscheid[22]).

Die *scriptura* und die *pictura* finden in dieser Einteilung ihre Stelle im zweiten Hauptabschnitt, unter dem Erwerb infolge des Eigentums an einer anderen Sache, und zwar fallen sie bei Dernburg beide unter den Begriff der Akzession im engeren Sinne, bei der es sich um blosse Erweiterung der Hauptsache handelt.

Der Begriff der '*accessio*' als Eigentumserwerbsgrund ist den Quellen fremd[23]). Es gilt für die „*accessio*" nicht minder der Satz[24]), dass „für eine erst im Entstehen begriffene wissenschaftliche Theorie die Definition von der höchsten Bedeutung ist. Hier gilt der Satz von ihrer Gefährlichkeit noch nicht"[25]). Wenn man nun mit Sulzer[26]) nicht annehmen will, dass wie für die 'Spezifikation' so auch für die '*accessio*' die Römischen Juristen „die Erkenntnis gehabt haben, dass

---

[20]) s. unten Note 23.

[21]) s. unten S. 9.

[22]) S. 507.

[23]) Bechmann, Akz. S. 9; Pfizer S. 36; vgl. Pagenstecher S. 128 Note 1: „aus '*accessionis vice*' in § 26 I. 2, 1 und '*accessionis loco*' in l. 4 pr. D. 33, 9 haben die neueren '*accessio*' gemacht"; zu '*accessioni esse*' vgl. Sokolowski, Phil. S. 128.

[24]) Pernice, Labeo I S. 25.

[25]) vgl. l. 202 D. *de r. i.* 50, 17.

[26]) S. 7.

erst die Praxis den Begriff begrenzen könne", (wofür m. E. der Umstand nicht spricht, dass die Akzession als Begriff bei weitem nicht so umstritten ist als gerade die Lehre von der Spezifikation), dann bestärkt das Fehlen jeglicher Definition die Ansicht, dass die Römer eben keine aufstellen konnten, weil sie in der *accessio* einen Eigentumserwerbsgrund nicht sahen. Der Begriff der *accessio* ist durchaus ein Gebilde der Wissenschaft, das zu fester Bestimmung nicht gelangt ist und schwankt[27]).

Nach Wächter[28]) „bedeutet Akzession im allgemeinen alles, was zu einem anderen Gegenstande als Zuwachs, Erweiterung, Vermehrung oder auch als Belastung hinzutritt"[29]); gegen ein solches Aufstellen von allgemeinen Regeln über *accessio* ist Pfizer[30]), weil 'Akzession' ja keine technische Bezeichnung sei. „Im Römischen Rechte ist nur die Rede von Erwerb von Rechten an Akzessionen (insbesondere Früchten, Pertinenzen), erst die neuere Wissenschaft spricht von Rechtserwerb durch Akzession (Zuwachs oder Verbindung), worunter sehr verschiedenartige Fälle zusammengefasst werden". Ueber die Verschiedenartigkeit der Bedeutungen der Worte *accessio, accedere, res accessoria* in den Quellen vergleiche man die Ausführungen des Brissonius zu diesen Worten[31]).

Die Quellen kennen das Wort *accessio* nur in der Bedeutung und in dem Sinne, „dass es eine Sache bezeichnet, die zu einer anderen Sache in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse steht; niemals hat *'accessio'* die Bedeutung einer Eigentumserwerbsart"[32])[33]). Somit finden wir, so lange wir daran festhalten, dass *accessio* nur eine Sache bedeutet, dass die *accessio* lediglich die Voraussetzung für den Erwerb des

---

[27]) vgl. Bechmann, Akz. S. 1 ff.

[28]) bei Weiske S. 9.

[29]) l. 178 § 1 D. *de v. s.* 50, 16.

[30]) S. 36.

[31]) Brissonius, *de verborum significatione.*

[32]) Bechmann, Akz. S. 9, und die dort angeführten Quellenstellen; Wächter bei Weiske S. 9.

[33]) Darüber, dass auch dem Ausdruck *'res rei cedit'* oder *'in accessionis locum cedit'* jede technische Bedeutung abgeht, vgl. Bechmann, Akz. S. 10.

Eigentums bildet, dass dieser Erwerb selbst jedoch aus anderen Gründen vor sich gehen muss.

In der Wissenschaft aber hat sich noch eine andere Bedeutung des Wortes *accessio* Eingang verschafft, eine von der ursprünglichen abgeleitete, auf ihrer Grundlage erweiterte. Zunächst bedeutet *accessio* »die Sache, den eine Nebensache bildenden Zuwachs von Vorteilen oder Lasten«[34]). Kommt nun diese Nebensache *(accessio)* mit einer Hauptsache zusammen, tritt die Adjunktion ein, so teilt die Nebensache das Rechtsschicksal der Hauptsache, sei es nach dem Satze: *accessio cedit principali*[35])[36]), sei es nach der *naturalis ratio*[37]). Es erstreckt sich also das Eigentum an der Hauptsache auf die Nebensache; man sieht, nicht die Tatsache, dass die Nebensache mit der Hauptsache verbunden wird, verschafft dem Eigentümer der Hauptsache das Eigentum an der Nebensache, sondern es beruht dieser Eigentumserwerb auf dem Rechtssatze, dass die Nebensache unter die Rechtsverhältnisse der Hauptsache fällt[38]). Ebenso ist es in allen den Fällen, in denen die *accessio*, die *res accessoria*, nicht den Charakter der mit einer Hauptsache in Verbindung tretenden Nebensache hat (so beim Schatzerwerb, beim Erwerb der Flussinsel). Auch hier ist die Akzession lediglich tatsächliche Voraussetzung für den Eigentumserwerb.

Der ursprüngliche Begriff der *accessio* erfährt so eine Erweiterung, so dass man unter 'Akzession' mit gewissen Einschränkungen eine Eigentumserwerbsart[39]) verstehen kann. Dass die Bedeutung nicht quellenmässig ist, ist schon oben gezeigt worden; sie muss auch dahin eingeschränkt

---

[34]) Wächter bei Weiske S. 9.

[35]) l. 19 § 13 D. *de auro arg.* 34, 2.

[36]) Dagegen, dass man in diesem Satze das Prinzip des Eigentumserwerbs durch Akzession erblicken dürfe, ist entschieden Bechmann Akz. S. 11), da es sich in dieser Stelle nur handele „um das rechtliche Schicksal einer bereits bestehenden Verbindung, sachenrechtliche Wirkungen könnten dadurch nimmermehr hervorgerufen werden".

[37]) s. unten S. 11.

[38]) vgl. hierzu und zum folgenden: Wächter bei Weiske S. 11; Paret S. 7.

[39]) z. B. Sokolowski, Phil. S. 111, und andere.

werden, dass sie „nicht bei allen Nebensachen Platz greift. Sie tritt vielmehr[40]) nur ein, wenn die Nebensache in physische Kohärenz mit der Hauptsache gebracht wird, durch die sie einen in dieser Verbindung unselbständigen Teil derselben bildet“[41]). Jedenfalls ist es richtiger, daran festzuhalten, in dem Worte *accessio* lediglich den Begriff der zu einer anderen Sache tretenden Sache zu sehen, den Grund aber, aus dem der Erwerb des Eigentums an dieser Sache seitens des Eigentümers einer anderen Sache erfolgt, in einem davon unabhängigen Element zu suchen, in der *naturalis ratio*[42])[43]).

§ 3.

2. Die Fälle der accessio.

Haben wir so den Begriff der *'accessio'* und den aus ihm abgeleiteten der 'Akzession' entwickelt, so wenden wir uns einer kurzen Uebersicht der Fälle zu, bei denen ein Eigentumsübergang auf Grund der *accessio* stattfindet[44]).

Man rechnet zu den Erwerbsarten durch *accessio*

„1. den Erwerb der *insula in flumine nata,*
2. den Erwerb des Schatzes,
3. den Erwerb der Früchte (bestritten),
4. die *satio* und *plantatio,*
5. die *confusio, ferruminatio, plumbatura, scriptura, pictura,*
6. Erwerb des Gebäudes durch den Grundeigentümer“[45])[46]).

---

[40]) abgesehen vom Erwerbe einer Flussinsel oder eines Flussbettes.

[41]) Wächter bei Weiske S. 11; l. 23 § 5 D. *de r. v.* 6, 1 am Anfang.

[42]) s. unten S. 11.

[43]) Es wird sich freilich nicht immer vermeiden lassen, das Wort Akzession auch in dem erweiterten Sinne zu gebrauchen; s. unten S. 13 Note 91.

[44]) vgl. Bechmann, Akz. S. 1 ff.

[45]) Pfizer S. 38.

[46]) Windscheid-Kipp S. 861, Anm. 1 will auch den Erwerb durch Spezifikation zum Erwerb durch Akzession gerechnet wissen.

Dass alle Versuche, diese Fälle unter eine gemeinsame, allen Forderungen der Wissenschaft genügende Einteilung zu bringen, vergeblich sind und bleiben müssen, hat Bechmann[47]) nachgewiesen.

Man teilte zunächst ein in *accessio naturalis, industrialis, mixta* und versuchte damit einzugrenzen die Fälle, bei denen die Verbindung lediglich auf die Wirkung der Natur, auf menschliche Tätigkeit oder auf das Zusammentreffen beider zurückzuführen war. Diese früher allgemein anerkannte[48]) Einteilung, die eine Modifikation dahin erfuhr, dass man unter *accessio naturalis* die lediglich auf Naturkräften und Zufall beruhende Verbindung, unter *accessio industrialis* die stets absichtliche[49]), unter *accessio mixta* die bald mit menschlicher Absicht bald ohne sie erfolgte Verbindung begriff[50]), ist allmählich einer anderen gewichen, die sich auf die Beschaffenheit der in Verbindung tretenden Sachen gründet und im wesentlichen[51]) darauf beruht, dass die in Beziehung tretenden Sachen bewegliche oder unbewegliche sind. Aus diesen beiden Gegensätzen ergeben sich drei Beziehungen[52]), die sich folgendermassen gestalten:

1. Unbewegliches tritt zu Unbeweglichem[53]),
2. Bewegliches tritt zu Unbeweglichem,
3. Bewegliches tritt zu Beweglichem[54]).

Wichtig ist die Frage, ob Bechmann recht hat, wenn er[55]) den Begriff der Akzession auf die Fälle der Verbindung beschränkt, in denen die verbundene Sache eine untergeordnete

---

[47]) Akz. S. 3 ff.

[48]) vgl. Wächter bei Weiske S. 12; Pfizer S. 36.

[49]) Beispiel: Zeichnen und Malen.

[50]) Wächter bei Weiske S. 12; Bechmann, Akz. S. 3; Huber S. 94.

[51]) vgl. Bechmann, Akz. S. 3 ff.

[52]) vgl. Bechmann, Akz. S. 3.

[53]) A. M. Windscheid-Kipp S. 861, Note 2; s. unten S. 9 Note 62.

[54]) Ueber die Schwierigkeit der Einreihung des Fruchterwerbs in diese Aufstellung vgl. Bechmann, Akz. S. 4 ff. Ein genaues Eingehen auf diese Frage ist hier nicht am Platze.

[55]) Akz. S. 4 ff.

Rolle spielt[56]). Vielmehr ist der Begriff der Akzession quellenmässig[57]) auch zu beziehen auf den Erwerb von Sachen, welche selbständige Vermögensobjekte bilden. Das bei Bechmann[58]) sich befindende „Schema“:

Verbindung von

1. Unbeweglichem mit Unbeweglichem,
2. Beweglichem mit Unbeweglichem,
3. Beweglichem mit Beweglichem,
   a) nicht nebensächlich (Konfusion),
   b) nebensächlich (Akzession)

bedarf infolgedessen einer Berichtigung dahin, dass die Bezeichnung nur des Falles 3b mit „Akzession“ zu eng ist, dass vielmehr diese Bezeichnung auf die beiden unter 3 verbundenen Fälle zu beziehen ist[59]).

Die Ansicht, dass Bechmanns Abstellen des Begriffs der Akzession auf die nur nebensächliche Verbindung zu eng ist, ist die Dernburgs, der[60]) unter den Fällen der Akzession, ohne sie im Inneren einer weiteren Einteilung zu unterwerfen, aneinandergereiht nennt: den Schatzerwerb, den Erwerb nach Uferrecht, die Inkorporation in Grundstücke, die Inkorporation in Mobilien und die Konfusion und Kommixtion. Er verzichtet so auf eine Definition und reiht die Fälle des Eigentumserwerbs an Akzessionen einfach aneinander[61])[62]).

---

[56]) Dernburg Pand. I, 2, S. 81, Note 6, sagt: „Manche Juristen verstehen unter *accessio* nicht jede Verbindung, sondern nur die sogenannte nebensächliche. Sie sprechen daher in dem Falle, da die verbundenen Sachen nicht im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zueinander stehen, vom Eigentumserwerb durch Verbindung, nicht durch Akzession.“

[57]) l. 9 § 4 D. *de usu fructu* 7, 1.

[58]) Akz. S. 5.

[59]) Der von Bechmann hervorgehobene Charakter der Akzession als der lediglich nebensächlichen Verbindung kann nur bei dem dritten Falle entscheidend eingreifen, da die beiden ersten ihrer Natur nach immer als nebensächliche Verbindungen erscheinen (Bechmann, Akz. S. 5).

[60]) Pand. I, 2, S. 91 ff.

[61]) So auch Windscheid, 7. Aufl., S. 569 ff.

[62]) Kipp ist in der 8. Aufl. von Windscheid zu einer Einteilung des Eigentumserwerbs durch *accessio* gelangt, die jedoch (vgl. S. 861, Note 2) nur der Uebersicht wegen gegeben wird, nicht als ob das Prinzip der Ent-

Darauf, dass die Akzession nicht Eigentumserwerbsgrund ist, sondern lediglich die faktische Voraussetzung dafür ist, dass das Eigentum an einer Sache sich auf eine andere Sache[63]) erstreckt, ist schon oben[64]) hingewiesen.

Von neuem muss auf diesen Gesichtspunkt hier eingegangen werden, wo es sich darum handelt, ob eine Definition der Akzession möglich ist, und im Falle, worauf sie abzustellen sei. Darüber, dass Windscheid und Dernburg einer Definition überhaupt aus dem Wege gingen, ist oben[65]) gehandelt. Man muss nun mit Bechmann[66]) unter denen, die die 'Akzession' als 'Grund des Eigentumserwerbs' auffassen und infolgedessen zu einer Definition genötigt sind, unterscheiden, ob sie den Erwerb der Erzeugnisse hierher rechnen oder nicht. Diejenigen, die es tun, »lassen dann im Begriffe der Verbindung das Moment des körperlichen völlig zurücktreten, da dasselbe bei den Erzeugnissen mangelt. Von diesem Gesichtspunkt aus nimmt daher der Begriff der Akzession sofort einen allgemein vermögensrechtlichen Charakter an«[67]). Für diejenigen aber, die den Erwerb der Erzeugnisse nicht als hierher gehörig betrachten, »bleiben nur die Fälle übrig, da eine körperliche Verbindung zweier bis dahin selbständiger Sachen eintritt, und es handelt sich bloss darum, die Beschaffenheit dieser Verbindung näher zu bezeichnen, die Momente anzugeben, unter welchen dieselbe Grund der Eigentumsveränderung ist«[68]). Die beiden von Bechmann angeführten Definitionen von Puchta und Boecking, die auf diesem Standpunkt stehen, stellen alles darauf ab, dass der Erwerb des Eigentums erfolge deshalb, »weil die innige körperliche Verbindung zweier Sachen nicht zulässt, kraft der physikalischen Beschaffenheit der Verbindung, dass die beiden Sachen als

scheidung verschieden wäre. Die Verbindung von Unbeweglichem mit Unbeweglichem als Akzessionsfall erscheint ihm nicht als zulässig (S. 801, Note 2).

[63]) die nicht Nebensache zu sein braucht.

[64]) S. 6 u. 7.

[65]) S. 9.

[66]) Akz. S. 7 ff.

[67]) Bechmann, Akz. S. 7.

[68]) Bechmann, Akz. S. 8.

Gegenstände des solidarischen Eigentums verschiedener Personen gelten können“ [69]).

Die Quellen behandeln die Fälle der ‘Akzession’ ganz kasuistisch, und doch können wir aus ihnen das Verbindende entnehmen, das allen Darstellern der Lehre, die nach einem „Schema“ suchten, entgehen musste, die *naturalis ratio*, die gleichmässig in jedem der Fälle steckt [70]).

Betrachten wir die Darstellung bei Gaius [71]). Er behandelt die *alluvio, avulsio*, die *insula in flumine nata*, das Bauen, Pflanzen, Säen, Schreiben und Malen. In den Digesten finden wir die Darstellung in l. 7 u. l. 9 D. de a. r. d. 41, 1 [72]), ebenfalls in einzelnen Fällen: die *alluvio, avulsio*, die *insula in flumine nata*, den *alveus derelictus* [73]). Dann behandelt Gaius [74]) die Spezifikation, darauf die Konfusion und Kommixtion, das Bauen, das Pflanzen [75]), das Säen, Schreiben und Malen [76]). Hieran anschliessend folgt die Tradition. In den justinianeischen Institutionen [77]) ist im wesentlichen dieselbe Anordnung zu finden.

In allen diesen Zusammenstellungen von Fällen der *accessio* finden wir sie behandelt in der Reihe der Eigentumserwerbsarten des *ius gentium*, deren verbindendes Element die *naturalis ratio* [78]) ist [79]).

Man hat gemeint, der *naturalis ratio* hier eine andere Bedeutung beilegen zu müssen, nicht in ihr zu sehen „das in der Natur des Menschen begründete“ [80]), sondern darunter

---

[69]) Bechmann, Akz. S. 8 u. 9.

[70]) vgl. Bechmann, Akz. S. 12 ff.

[71]) Inst. II, §§ 70—78.

[72]) gleichfalls von Gaius, aus den *res cottidianae.*

[73]) in l. 7 §§ 1—5 D. 41, 1.

[74]) in l. 7 § 7 D. 41, 1.

[75]) in l. 7 §§ 8—13 D. 41, 1.

[76]) in l. 9 pr. — § 2 D. 41, 1.

[77]) §§ 20—34 I. 2, 1.

[78]) vgl. über die *naturalis ratio* Leist S. 107 ff.; Sokolowski, Spez S. 255, Anm. 2.

[79]) l. 1 pr. D. 41, 1.

[80]) Dernburg, Pand. I, 1, S. 44.

„im allgemeinen in der Beschränkung auf die Eigentumserwerbsarten das zu verstehen, was man sonst die Natur der Sache zu nennen pflegt. Bei der Spezifikation ist sie die Produktion, bei der Akzession in ihren verschiedenen Anwendungen die Erweiterung der Sache, die notwendig die Erstreckung des Eigentums zur Folge hat“[81]. Sulzer[82] versteht ebenso „unter der *naturalis ratio* nicht die Quelle für die Rechtssätze des *ius gentium* im Gegensatz zum *ius civile*, sondern die 'natürliche Beschaffenheit', eine durch die Wissenschaft aus dem bestehenden Rechte abstrahierte Regel, eine *regula quae ex iure fit*“[83])[84].

Mag man nun unter der *naturalis ratio* das eine oder das andere verstehen, jedenfalls ist sie das Moment, auf dem der Erwerb des Eigentums bei der *accessio* beruht; jeder einzelne Fall der *accessio* nimmt einen den übrigen auf die *naturalis ratio* gegründeten Erwerbsarten genau gleichwertigen Rang ein.

Es handelt sich nun noch um die Frage, wie der Eigentumserwerb vor sich gehe. Pfizer[85] sagt, „dass in den wenigsten dieser Fälle[86]) von einem Eigentumserwerb die Rede sein kann. Es tritt zwar ein Eigentumsverlust auf einer Seite ein, aber kein Erwerbsübergang, wenn eine Sache in der anderen so aufgeht, dass sie ihre selbständige Existenz verliert; so beim Färben[87]), welchem das Schreiben und an sich auch das Malen gleichsteht“[88]).

Es würde also danach das Gewicht zu legen sein darauf, dass der eine einen Verlust erleidet, nicht darauf, dass der

---

[81]) Czyhlarz S. 11.

[82]) S. 27.

[83]) l. 1 D. *de r. i.* 50, 17.

[84]) Dagegen Dernburg (Krit. Zeitschr. S. 146): „wo das Zivilrecht positive Vorschriften nicht hatte, musste die *naturalis ratio* entscheiden“; so wie bei der Spezifikation, auch bei der Akzession.

[85]) S. 38.

[86]) d. h. der vorher aufgezählten Fälle der Akzession.

[87]) dazu vgl. Sokolowski, Spez. S. 266.

[88]) vgl. auch Bechmann, Akz. S. 41, der denselben Gedanken ausspricht.

andere eine Vermehrung seines Eigentums erfährt. Wo soll denn aber das Eigentum, das der eine verliert, anders hinkommen als zu dem, in dessen Sache die andere unter Verlust ihrer Existenz aufgeht? Das Eigentum der ersten Sache hat eben die lebendige Kraft in sich, sich auf solche Sachen (Nebensachen) zu erstrecken; das Eigentum wird „ohne Zutun des Eigentümers (durch sog. *accessio*) erweitert“[89])[90])[91]).

§ 4.

II. Die Akzessionsverhältnisse der scriptura und pictura insbesondere und ihr Verhältnis zur Spezifikation.

Unter der Zahl der Akzessionsfälle befinden sich die *scriptura* und *pictura*, mit denen sich unsere Erörterungen besonders befassen sollen. Es handelt sich bei ihnen beiden darum, dass auf fremdem Material[92]) eine Bearbeitung der Oberfläche stattfindet, sei es mit einer Art Tusche auf Papyrus oder Pergament, sei es mit Farben auf hölzerner oder anders gearteter Oberfläche.

Sobald man nun sowohl bei der Schrift als beim Gemälde das Geschaffene ansieht, ergibt sich ein anderer Gesichtspunkt, als wenn man die Art des Entstehens betrachtet. Das Geschaffene ist ein Schriftwerk, ein Buch, ein Gemälde; die Art des Entstehens ergibt sich aus dem Zusammentreten der Unterlage und der Tusche oder Farbe. „Akzession und

---

[89]) Savigny II, S. 282.

[90]) Ebenso Windscheid S. 577: „Verbindung kann nur in uneigentlichem Sinne eine Eigentumserwerbsart genannt werden. Sie ist es bloss für äusserliche Betrachtung. Durch die Verbindung wird nicht neues Eigentum begründet, sondern ein einem bestehenden Eigentum unterworfenes Objekt erweitert.“

[91]) Der Kürze halber soll doch im folgenden vom 'Eigentumserwerb durch Akzession' oder 'Akzession' die Rede sein; es ist dann damit gemeint der auf Grund des faktischen Verhältnisses der *accessio* durch die *naturalis ratio* hervorgerufene Eigentumserwerb.

[92]) für die Schrift *charta* oder *membrana* genannt, für das Gemälde *tabula*.

Spezifikation stehen sich keineswegs selbständig einander gegenüber, sind vielmehr eng verbunden. Worin beruht nun aber der Unterschied? Derselbe ist in den Begriffen selbst ausgedrückt. Akzession ist jede feste und dauernde Verbindung, sei es zwischen Immobilien und Mobilien oder zwischen Mobilien unter sich. Kommt nun zu der Verbindung die Verfertigung einer neuen Sache, so entscheidet das Moment des Verfertigens, d. h. es liegt dann Spezifikation vor. Eben in diesem Moment der Verfertigung einer neuen Sache, wenn und wie weit eine solche überhaupt anzunehmen ist, liegt die Trennung der Akzession und Spezifikation. Hier sind zu nennen das Schreiben auf fremdes Papier und das Malen auf fremde Leinewand"[93]). Aehnlich äussert sich auch Brinz[94]): es gibt Spezifikation ohne *accessio* (Arbeiten aus einem Stück) und Akzession ohne Spezifikation (Ergänzung, Verbesserung); „sie treffen dann zusammen, wenn ein neues Ganze aus mehreren Stücken entsteht mit Ueberordnung und Unterordnung der Teile; dann geht aber rechtlich die Akzession in der Spezifikation unter, indem die Entscheidung darüber, wer Eigentümer des Ganzen sei, von der Tat und Tatsache der Spezifikation ausgeht"[95]).

Nun haben die Römischen Juristen, wie wohl allgemein anerkannt wird, beim Schreiben stets die Schrift als Akzession des Papiers angesehen; sie haben nicht das Geschaffene, das Buch, sondern die Art und Weise des Entstehens als das Ausschlaggebende erachtet. Und ganz ebenso haben sie, wie uns das Paulus berichtet[96]), beim Gemälde entschieden; auch hier ist die Farbe Akzession der *tabula;* für beide Fälle (von diesem Standpunkt[97]) aus) ergibt sich also: *sed et*

---

[93]) Paret S. 8; vgl. dazu Sohm S. 318—319.

[94]) Brinz S. 559 ff.

[95]) vgl. dazu Windscheid-Kipp S. 868, 3.

[96]) in l. 23 § 3 D. *de r. v.* 6, 1.

[97]) „Es wird niemand bestreiten, dass unter gewissen Umständen einer blossen Bearbeitung grössere ökonomische Bedeutung zukommt als vielen Arten gänzlicher Umgestaltung. Hier kommt aber nur in Betracht: liegt ein neues εἶδος vor und passt dessen Bezeichnung noch in die Vindikationsformel, so tritt keine Rechtsänderung ein" (Sokolowski, Spez. S. 269).

id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur statim meum fit[98]).

Man hat trotzdem[99]) gemeint, den Standpunkt der Verbindung im Falle des Schreibens, besonders aber beim Malen ganz fallen lassen zu müssen, und von dem Gesichtspunkt aus, „dass im vollendeten Buche[100]) und am künstlerisch ausgeführten Gemälde einerseits die Schrift, andererseits gerade die Malerei die Hauptsache sei“[101]), die Entstehung einer *nova species* besonders hervorheben zu müssen, „denn ein Gemälde ist schliesslich mehr als bloss Farbe auf Holz oder Leinewand“[102]).

Vom modernen Standpunkt mag ja diese Ansicht ganz gerechtfertigt sein[103]), die Quellen kennen sie aber nicht, sie erwähnen des Geschriebenen oder des Gemalten mit keinem Worte als einer neuen Spezies[104]), bei ihnen ist Schrift und Gemaltes Akzession der Unterlage[105]). Dass beim Gemälde das Verhältnis von Haupt- und Nebensache umgedreht wird, und aus welchem Grunde, ist unten[106]) des näheren auszuführen.

---

[98]) Sulzer (S. 79) charakterisiert das Verhältnis der *pictura* und *scriptura* zur Spezifikation folgendermassen: „es handelt sich hierbei um sogenannte immaterielle Produktion, d. h. Hervorbringen nützlicher Ideen. Die späteren Römischen Juristen übersehen das nicht. Sie leiten zwar aus der Theorie von der *pictura* und *scriptura* die des *novam speciem facere* ab (s. unten S. 16), beschränken aber den Begriff auf materielle Produktion und behandeln den Begriff der *pictura* und *scriptura* getrennt als besondere Art der Produktion“.

[99]) Arndts S. 273; Wendt S. 353; Sohm S. 319; Boecking S. 168; Salkowsky S. 244.

[100]) „der Frucht des Autorrechts“, Kohler S. 358.

[101]) Paret S. 8.

[102]) Wendt S. 353.

[103]) Vgl. Bremer S. 45.

[104]) vgl. l. 9 §§ 1 u. 2 D. *de a. r. d.* 41, 1; l. 23 § 3 D. *de r. v.* 6, 1; §§ 33, 34 I. *de r. d.* 2, 1; Gaius, Inst. II, §§ 77 u. 78.

[105]) Schmidt S. 6; Keller S. 309; Fitting S. 24; Herr S. 13; Sulzer S. 9; Dernburg, Pr. Privatr. S. 565; Johow S. 817; Jürgensen S. 32.

[106]) § 18.

In höchst geistvoller[107]) Weise hat Sulzer[108]) einen Zusammenhang zwischen der Behandlung der *pictura* und *scriptura* einerseits und der Spezifikation andererseits nachgewiesen. Die römische Jurisprudenz „stellte nicht nur Malen und Schreiben in eine Linie mit den Akzessionen, die nur verbessern“[109]), sondern fasste vielmehr von vornherein das Verhältnis als Akzession auf; „das Material ist Grundlage, Gemälde und Schrift sind Akzessionen. Sie unterstellten daher den Fall der *pictura* und *sriptura* dem allgemeinen Grundsatz: was zu einer beweglichen oder unbeweglichen Sache als untergeordneter Bestandteil hinzutritt, wird als *pars* von ihr angezogen“[110]).

Dieser Fall wurde nun vorbildlich für den Fall der Spezifikation *(cum quis ex aliena materia speciem fecerit)*. Der Satz *cuius materia sit illius et res quae facta sit videatur esse, quia sine materia nulla species effici possit*[111]) nahm seine Geltung von folgender Ueberlegung[112]): die *species* kommt nur am Stoff durch die Form zur Erscheinung, die Form ist Akzession des Stoffes[113])[114])[115]).

---

[107]) vgl. das Urteil Schneiders in der Krit. Vierteljahrsschrift, Band 26, S. 309 über Dr. Sulzer; ebenda S. 310: „die Grundsätze über *pictura* und *scriptura* sind, oft in überraschender Weise, mit den Regeln der Spezifikation in Zusammenhang gebracht.“

[108]) S. 7 ff.

[109]) Sulzer S. 9.

[110]) Sulzer S. 10; Gaius, Inst. II §§ 77 u. 78; Paulus in l. 23 § 3 D. *de r. v.* 6, 1.

[111]) also der Satz der sabinianischen Lehre von der Spezifikation, die dem Stoffeigentümer das Eigentum an der verfertigten *species* zusprach.

[112]) Sulzer S. 11 ff.

[113]) vgl. die bei Sulzer S. 11, Note 19 und bei Paret S. 7 genannten; vgl. Bäumker S. 210 ff.; ferner Sokolowski, Phil., der (S. 75) trotz allem als das Wesen der Einzelsubstanz, der Individualsache die Form ansieht als das Seiende schlechtweg (vgl. hierzu die bei Dernburg, Pand. I, 2, S. 82 Note 4 angeführte Glosse zu l. 7 § 5 D. *de a. r. d.* 41, 1: *forma id est esse rei*).

[114]) Ueber das Verhältnis der Philosophie zum positiven Recht s. oben § 1, S. 1 u. 2.

[115]) Dagegen, dass bei der Spezifikation überhaupt an eine Art von Akzession gedacht werden könne, ist Meykow (S. 164 ff.). Denn Akzessionserwerb setze zwei Sachen, Haupt- und Nebensache, voraus. Man müsse also

Die prokuleanische Auffassung der Spezifikation dagegen, die wahrscheinlich[116]) von Labeo herrührt[117]), nahm im Gegensatz dazu an, dass bei der Spezifikation der Neugestalter Eigentümer der *nova species* werde[118]); danach[119]) „soll also die Form der fundamentale Bestandteil, der Stoff Akzession sein“[120]). „Da bei der *pictura* und *scriptura* eine Umgestaltung ja nicht stattfindet, bleiben hier die alten Regeln, die *pictura* und *scriptura* als Akzession der *tabula* ansehen, bestehen“[121]). Für die Spezifikation wird aber massgebend der Gedanke, dass es sich bei der Fabrikation einer *nova species* um eine Akzession aus dem Stoff handelt, nicht, wie die Sabinianer meinen, um eine Akzession, die von aussen an den Stoff herantritt[122]). Die *media sententia* ging nun davon aus, „dass *scriptura* und *pictura* der Spezifikation analoge Fälle sind, und da es bei ihnen angemessen ist, nach der Lösbarkeit und Unlösbarkeit der Verbindung verschiedene Theorien zur Anwendung zu bringen, so müssen diese Theorien auf die Spezifikation analog ausgedehnt werden“[123])[124]).

Sollte diese Schlussfolgerung Sulzers richtig sein[125]), so ergibt sich, dass nicht nur „die Akzession als Erwerbsart

---

die Form bezeichnen als *res principalis*, die Materie als *res accessoria* (so für die prokuleanische Auffassung; für die sabinianische umgekehrt); es sei doch aber nicht möglich, die Form als *'res'* zu bezeichnen.

[116]) Sulzer S. 7.

[117]) Gegen diese Annahme von der Urheberschaft des Labeo an der prokuleanischen Theorie: Pernice, Labeo II, S. 150, Anm. 6; für sie Sokolowski, Phil. S. 71 ff., der S. 74 von den peripatetischen Grundsätzen der labeonisch-prokuleanischen Theorie spricht.

[118]) Vgl. Schneider S. 309: Sulzer nennt die prokuleanische Theorie eine Ueberschätzung des Arbeitsfaktors.

[119]) Sulzer S. 13/14.

[120]) Dagegen Meykow S. 164 ff., zitiert oben S. 16, Anm. 115.

[121]) Sulzer S. 13.

[122]) vgl. Sulzer S. 14.

[123]) Sulzer S. 22.

[124]) Welches im einzelnen diese Gesichtspunkte bei der *scriptura* und *pictura* waren, muss unten bei der näheren Behandlung ausgeführt werden.

[125]) M. E. liegt kein Grund vor, sie nicht zu billigen.

des Eigentums mit der sogenannten Spezifikation im allerengsten Zusammenhang steht“ [126]), sondern dass vielmehr die Lehre von der Spezifikation die richtige Beleuchtung erst erhalten hat durch ihre Gegenüberstellung mit der Lehre von den Akzessionsfällen der *scriptura* und *pictura* und durch die analoge Anwendung der für diese gewonnenen Gesichtspunkte. So wird die Lehre von der *scriptura* und *pictura* zum Ausgangspunkt und zur Grundlage der Lehre von der Spezifikation.

So führt die Theorie von der *scriptura* dazu, dass die *nova species*, die vom Stoff lösbar ist, als Akzession von aussen gilt, dass somit die sabinianische Theorie gilt, die das Eigentum des Stoffes entscheiden lässt. Lösbar aber ist die *nova species* dann, *si ea species ad materiam reduci potest* [127]), wenn der Stoff in ursprünglicher Gestalt wieder hergestellt werden kann. Die Theorie von der *pictura* aber führt dazu, dass die *nova species*, die nicht lösbar ist vom Stoffe, weil dieser sich nicht wieder herstellen lässt, als Akzession aus dem Stoffe gilt, dass die prokuleanische Theorie Anwendung findet [128]).

Nachdem wir so gesehen haben, dass die Fälle der *scriptura* und *pictura*, wenn ihre Behandlung auch mit der Spezifikation viele Berührungspunkte hat, wenn auch sogar nach Analogie dieser Behandlung die *media sententia* der Spezifikationstheorien ihre Entwickelung gefunden hat, doch vom Standpunkte der römischen Juristen als reine Akzessionsfälle behandelt werden, wollen wir uns der Darstellung beider Fälle im einzelnen zuwenden.

---

[126]) Sokolowski, Phil. S. 111.

[127]) § 25 I. *de r. d.* 2, 1.

[128]) vgl. Sulzer S. 22—23.

III. Scriptura und pictura im einzelnen.

a) Die Scriptura.

1. Ihre rechtliche Beurteilung.

§ 5.

α) Die Abgrenzung des Begriffs.

Zunächst „handelt es sich hier natürlich nur um das geschriebene *corpus* als Rechtsobjekt; selbstverständlich haben wir hier von der Frage des Autorrechts oder von der Schrift als Urkunde abzusehen. Die Schrift haben wir lediglich als Vervielfältigungsmittel, ganz abgesehen von ihrem geistigen Inhalt, zu betrachten“[129])[130]).

Auch dann noch scheidet von vornherein für die Beurteilung der Fall des Schreibens aus, in dem mit dem *stylus* auf der *tabula cerata* oder *coriacia* geritzt wird[131]). Hier wird mit der Unterlage nichts verbunden, sondern etwas weggenommen[132]). Da die Römer gerade bei der Schrift von der Unterlage und der sie bedeckenden Materie[133]) handeln, haben sie nur die zweite Art des Schreibens im Auge, bei der mit Tusche auf der *membrana* oder dem *papyrus* geschrieben wird.

Von der Schrift und ihrer Unterlage handeln folgende Quellenstellen: Gaius Inst. II § 77[134]), l. 9 § 1 D.

---

[129]) Sokolowski, Phil. S. 185.

[130]) Diese Abgrenzung ist nicht ganz richtig. Auch wenn die Schrift nicht Vervielfältigungsmittel ist, kommt sie für uns in Betracht, z. B. bei der erst- und einmaligen Niederschrift eines Gedichtes auf fremdem Papier.

[131]) *‘exaratur’*. Vgl. Donellus S. 895.

[132]) Es ist hier eine ‘Lücke in der fremden Sache’ vorhanden, ähnlich der Gravierung einer Metallplatte; vgl. Johow S. 817.

[133]) *litterae* genannt.

[134]) *eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt.*

de a. r. d. 41, 1[135]), l. 23 § 3 D. de r. v. 6, 1[136]), § 33 I. 2, 1[137]).

§ 6.

β) Die philosophische Seite ihrer Beurteilung.

„Unter den klassischen Juristen herrscht über das rechtliche Schicksal des auf fremdem Material Geschriebenen keine Meinungsverschiedenheit“[138]). Diese Einigkeit ist der Uebereinstimmung der philosophischen Systeme in dieser Frage zu danken. Betrachten wir zunächst ihre Stellung zur *scriptura*.

Der Gedankengang stellt sich folgendermassen dar: aus der ὕλη, der Materie[139]), entsteht durch ἐντελλέχεια ein εἶδος (μορφή, *species*). So wird aus der Gesteinmaterie durch Arbeit ein einzelner Stein. Dieser Stein, an sich ein εἶδος, ist nun die ἐσχάτη (oder τελευταία) ὕλη (= ὑποκείμενον) zu einem neuen εἶδος (*species*[140])). „Der Vorgang des Werdens

---

[135]) *litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur. ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis non ego, sed tu dominus esse intellegeris.* [Manche Handschriften haben statt *'corporis': 'operis'*. *'corpus'* identifizieren manche spätere Juristen mit *materia = substantia* (vgl. Sokolowski, Spez. S. 278/279)].

[136]) *sed et id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur statim meum fit . . . . sed necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest.*

[137]) *litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, acsi solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius sed tu dominus esse iudiceris.*

[138]) Sokolowski, Phil. S. 184.

[139]) „Die Materie ist bei Aristoteles ein doppeltes: einmal die jeder Wirklichkeit entbehrende bloss mögliche πρώτη ὕλη, und sodann die Substanz, das aktuelle Sein, welches die Grundlage zu immer weiter gehender Entwickelung bildet. Bei den Stoikern ist diese Substanz oder οὐσία im Gegensatz zu Aristoteles die erste Kategorie.“ (Sokolowski, Phil. S. 170.)

[140]) Ueber die Bedeutung des Wortes *species* und sein Verhältnis zu den Ausdrücken der Philosophen vgl. Sokolowski, Phil. S. 36.

ist also die Verbindung der ἐσχάτη ὕλη mit der individuellen Form“ [141]). Die Fähigkeit, von der ersten ὕλη bis zum letzten εἶδος zu gelangen, heisst ἐνέργεια. Eine Statue z. B. ist — unter Umgehung des εἶδος des Steines — durch die in der ὕλη liegende ἐνέργεια aus der ὕλη selbst entstanden.

Beurteilen wir danach die Entstehung des Geschriebenen, so ergibt sich zunächst, „dass nach der peripatetisch-aristotelischen Schule die *scriptura* nicht als umgestaltendes, Form und Existenz gebendes εἶδος erscheint; sie ist lediglich zufällige Eigenschaft, die *tabula* ist nicht ὑποκείμενον der Schrift, sondern die Lettern sind ἐν ὑποκειμένῳ der Tafel“ [142]). Für die stoische Schule „ist die konkret sinnliche Substanz, die οὐσία, die erste Kategorie. Das Seiende ist nur [143]) das Greifbare. Das ὑποκείμενον ist das Wesen des Dinges. Die ποιότητες — Qualitäten — bestimmen zwar das ὑποκείμενον näher; das wahrhaft Seiende, eigentlich reale, ist aber das ὑποκείμενον, an dem die ποιότητες nur qualitative Veränderungen bewirken“ [144]). So hatten die Stoiker, die sogar bei der Bemalung dem Malen als blosser ποιότης das reale Dasein absprechen [145]), „nicht die geringste Veranlassung, den auf einer fremden Tafel geschriebenen Lettern eine grössere Bedeutung zuzumessen“ [146]).

§ 7.

γ) Die juristische Seite ihrer Beurteilung.

(Begriff der Nebensache).

Die neben diesen philosophischen laufenden juristischen, von der Akzessionslehre ausgehenden Betrachtungen beruhen auf der Lehre von den Haupt- und Nebensachen. Auch von diesem Standpunkte aus haben die Juristen die *scriptura*

---

[141]) Sokolowski, Phil. S. 170.
[142]) Sokolowski, Phil. S. 184.
[143]) Im Gegensatze zur peripatetisch-aristotelischen Schule.
[144]) vgl. Sokolowski, Phil. S. 174.
[145]) vgl. unten § 17.
[146]) Sokolowski, Phil. S. 184.

betrachtet[147]) und sind im wesentlichen zu demselben Ergebnis gelangt wie vom philosophischen.

Um dem Streite darüber, was bei der *scriptura*[148]) Haupt-, was Nebensache ist, gerecht werden zu können, scheint es mir notwendig, zunächst zu betrachten, was die Wissenschaft unter diesen Begriffen versteht. Für die juristische Seite der Betrachtung der *scriptura* ist die Beantwortung dieser Frage[149]) der Ausgangspunkt.

„Für alle die Fälle, in denen als Nebensachen anderer beweglicher Sachen bewegliche Sachen erworben werden, gilt der Grundsatz: werden zwei bewegliche Sachen miteinander in physische Verbindung gebracht, so erwirbt der Eigentümer der Hauptsache das Eigentum an der mit ihr verbundenen Nebensache“[150]).

Nun taucht die Frage auf, welche von beiden Sachen erscheint als die Haupt-, welche als die Nebensache. Diese Frage findet in der Literatur die verschiedenartigste Beantwortung. Nach Weiske[151]) ist „diejenige Sache Hauptsache, ohne Rücksicht auf den Wert der Nebensache, die die Bedingung der Existenz der anderen, mit ihr verbundenen, bildet.“ Nach Dernburg[152]) ist zunächst anzusehen als Hauptsache „die Sache, die die physische Grundlage des nun erweiterten Ganzen bildet[153]). Reicht dies nicht aus, so entscheidet der Zweck des Ganzen und das Ermessen des Richters“[154]).

---

[147]) s. oben S. 2.

[148]) Ebenso bei der *pictura*.

[149]) Bei der Behandlung der *pictura* ist hierher verwiesen.

[150]) Wächter bei Weiske S. 30.

[151]) S. 30.

[152]) Krit. Zeitschr. I, S. 154—155.

[153]) „Die Aeusserung des Paulus: *'necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest'* (l. 23 § 3 D. *de rei vind.* 6, 1) ist zu eng und nur eine Folge jenes allgemeinen Prinzips.“

[154]) Man vergleiche hierzu Bechmann (Akz. S. 74—75), der ausführt, dass dem Satze des Paulus nicht die Bedeutung einer allgemeinen Definition untergelegt werden dürfe, wie sich aus einem Vergleiche mit l. 4 pr. D. *de penu leg.* 33, 9 ergebe.

Arndts[155]) findet „in diesem Satze nur eine Andeutung, die Bestimmung im übrigen zu ungenau". Nach Baron[156]) „gilt als Hauptsache nicht die wertvollere, sondern zuweilen die, für welche die andere bestimmt erscheint, zuweilen die, ohne welche die andere nicht bestehen kann"[157]). Auch nach Sintenis[158]) lässt sich „die Frage nicht im Prinzip entscheiden. Es ist deshalb zu verweisen auf die Natur der Sache, namentlich wenn das eine dem Ganzen Namen und Begriff verleiht, auf Sitte und Gebrauch, die Rücksicht auf die Prävalenz des einen Objekts, die sich darin zeigt, dass das eine ohne das andere nicht bestehen kann, schliesslich der höhere Wert"[159]). Nach Arndts[160]) schliesslich ist „die Frage, welche Sache Haupt- oder Nebensache sei, danach zu beurteilen 1. welche ohne die andere nicht sein kann, 2. dem Ganzen am meisten gleichkommt, 3. für die andere bestimmt ist, 4. für sich von höherem Werte ist".

Alle diese Definitionen der Nebensache fussen auf dem Grundsatze, dass der Charakter als Nebensache in erster Linie ohne Rücksicht auf den Wert der beiden verbundenen Sachen der zukommt, die ohne die andere nicht bestehen kann[161]).

Ganz abweichend davon definiert Puchta[162]): „Als Hauptsache ist unter beweglichen Sachen die zu verstehen, für die die andere bestimmt und um derentwillen sie vorhanden ist"[163])[164]). Puchta dreht somit den Begriff vollständig um.

---

[155]) S. 273.

[156]) S. 291.

[157]) vgl. auch Pagenstecher S. 139.

[158]) S. 503.

[159]) vgl. Huber S. 101: *„accessionis causa pretii differentia minime nititur"* und die dort verworfene Ansicht Mynsingers, dass schliesslich bei der Akzessionsqualität doch der Wert entscheide.

[160]) S. 273.

[161]) In Verallgemeinerung des Satzes des Paulus (s. oben S. 22, Note 153).

[162]) Pand. S. 247.

[163]) Dieses Kriterium kommt z. B. bei Arndts (S. 273) erst an dritter Stelle.

[164]) Vgl. auch Puchta, Vorles. S. 81, wo er die Entscheidung bezüglich der Akzessionseigenschaft „unrichtige in die Pandekten übergegangene Entscheidungen nennt, die nicht als Prinzip zu benutzen, sondern als Irr-

Sind zwei Sachen miteinander verbunden worden, von denen zwar die erste ohne die zweite nicht bestehen kann, von denen aber die zweite dazu bestimmt ist, der ersteren zu dienen, so soll doch nach Puchta die erste die Hauptsache sein. Man hat wohl[165]) behauptet, Fragen wie die, „ob überhaupt eine Verbindung vorliege; und wenn, welche Sache als Haupt-, welche als Nebensache zu behandeln sei, hätten überhaupt keinen juristischen Charakter, sondern seien Verkehrsfragen“[166]). Der Jurist solle nur Entscheidungen darüber treffen dürfen, welche rechtlichen Folgen diesen im übrigen vom Verkehr zu bestimmenden Tatsachen zukommen sollten. In ähnlicher Weise etwa hätte die juristische Wissenschaft hier auf den Verkehr Rücksicht zu nehmen, wie sie in manchen Fällen z. B. auf die medizinische Wissenschaft verweist. Nicht die Rechtswissenschaft, sondern die Medizin bestimmt z. B., wann ein Mensch als geisteskrank zu gelten hat; die Rechtswissenschaft knüpft daran gewisse Folgen[167]). So auch hier. Damit kann sich aber die Rechtswissenschaft nicht begnügen. Fischer[168]) hat nachgewiesen, dass für die Frage, ob und wann eine neue Sache entsteht, juristische[169]), nicht, wie behauptet worden[170]), lediglich Fragen der Verkehrsauffassung in Betracht kämen[171]). So wie aber Fischer mit Recht meint, dass die „Methode der Feststellung der Neuheit bestimmt werden muss da, wo von ihrer Feststellung rechtliche Folgen abhängen“[172]), so muss es auch sein für die Frage, ob und welche Sache in einer Verbindung Haupt-, welche Nebensache sei; denn „nur dann wird die Rechtswissenschaft sich begnügen

---

tümer zu erkennen sind. Es ist eine Verwechselung der Fragen 'Was kann ohne das andere nicht sein' und 'Was ist um des anderen willen da'“.

[165]) Bremer S. 15.

[166]) Wendt S. 353; vgl. auch Endemann S. 329.

[167]) vgl. auch die Autorität des *doctissimus vir Hippocrates* in l. 12 D. *de stat. hominum* 1, 5.

[168]) S. 3.

[169]) vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 70.

[170]) z. B. Windscheid-Kipp S. 860.

[171]) vgl. Hoffmann S. 434.

[172]) Fischer S. 5.

können, den Weg zu weisen, wenn die Rechtsanwendung dadurch in Stand gesetzt wird, mit notwendiger Sicherheit im einzelnen Falle Antwort zu geben“[173]). Dass die verschiedenen Versuche, von vornherein sichere Kriterien für die Bestimmung von Haupt- und Nebensache zu geben, zu keinem befriedigenden Resultat führen, liegt eben an den unendlichen Schwierigkeiten, die der Festsetzung entgegenstehen. Eine juristische Frage bleibt die Frage deshalb doch. Denn Jurisprudenz und Verkehrsauffassung sind nicht zwei sich entgegenstehende, sondern sich ergänzende Gebiete, und ein Verweisen einer Frage aus dem einen heraus nur in das andere ist nicht möglich[174]).

Die römischen Juristen charakterisierten nun das Verhältnis der Schrift zum Material als reine Akzession[175]) und sehen durchweg in der Schrift — als der Nebensache — eine Akzession des Materials — als der Hauptsache —, so dass der Eigentümer des Materials sogleich Eigentümer auch des beschriebenen Materials wurde.

Darin liegt für alle diejenigen, die als Hauptsache die ansehen, ohne die die andere nicht existieren kann, die Regel; Puchta dagegen muss von seinem Standpunkt zu der Ansicht kommen, dass gerade bei der Schrift ein ganz ungerechtfertigtes Vorziehen des Materialeigentümers platzgreife, denn für die Schrift ist die Unterlage bestimmt, um der Schrift willen ist die Unterlage vorhanden[176]).

Gegen diese Ausführungen Puchtas wendet sich insbesondere Arndts[177]), der zeigt, dass die römischen Juristen nicht die Entscheidung betreffs der Schrift, die sie als Akzession des Papiers auffassen, sondern gerade im Gegenteil die betreffs des Gemäldes „als eigentlich inkonsequente Ausnahme behandeln: *cuius diversitatis vix idonea ratio redditur.*“

---

[173]) Fischer S. 4; vgl. Bremer S. 26.

[174]) Im selben Sinne Hoffmann S. 433 ff.

[175]) Sintenis S. 504; Wächter, Pand. S. 118; Wächter bei Weiske S. 30; Baron S. 291; Dernburg, Krit. Zeitschr. S. 155; Arndts S. 273 u. a.

[176]) S. oben S. 23/24.

[177]) S. 273.

§ 8.

δ) Der physische Vorgang beim Schreiben und seine Folgen.

Es ist nun zu betrachten, welche dinglichen Folgen man mit dem Vorgange des Schreibens zu verbinden hat. Eine Erklärung des physischen Vorgangs beim Schreiben versucht Bechmann[178]). Er fasst das Schreiben auf als eine Verbindung fester und flüssiger Körper; damit, dass die Tinte oder Tusche in den festen Körper eindringt, wird sie zur Eigenschaft des festen Körpers; das bisherige Eigentum geht unter, ohne dass diesem Verluste auf der anderen Seite ein Erwerb entspräche Es ist nun oben[179]) bereits erwähnt worden, dass dem Eigentumsverlust auf der einen Seite ein Eigentumserwerb auf der anderen Seite notwendig entsprechen muss; dieser Eigentumserwerb geht dadurch vor sich, dass sich das Eigentum an der Hauptsache ausdehnt. Zu diesen Fällen rechnet Bechmann[180]) das Anstreichen, das Färben, das Schreiben.

Hier fasst Bechmann das Anstreichen und Färben richtig, das Schreiben aber in seiner rein körperlichen Wirkung für römische Verhältnisse falsch auf. In Rom war es, wie Sulzer[181]) ausführt, technisch möglich, beim Schreiben das Geschriebene von der Unterlage zu trennen, ohne dass die Substanz der Unterlage zerstört wurde. Nicht wie heute, wurde mit Tinte, die sich in das poröse Papier hineinfrisst, geschrieben, sondern mit Tusche, die auf der Oberfläche des Materials haftet und durch Abwaschen zu entfernen ist, ähnlich den mit dem Schieferstift auf der Schiefertafel geschriebenen Buchstaben.

Heute allerdings würde ein Entfernen der Tinte ohne Verletzung der Unterlage nicht möglich sein; von diesem modernen Standpunkte aus steht nichts im Wege, das Schreiben technisch mit dem Färben zu vergleichen, da ja die Farbe auch etwas in die Substanz eindringendes ist. Bechmann

---

[178]) Akz. S. 40.

[179]) S. 12/13.

[180]) Akz. S. 41.

[181]) S. 15, im Anschluss an Birt, das antike Bücherwesen.

hätte also, was die körperlichen Verhältnisse anlangt, von einer richtigen Beurteilung der physischen Wirkung der römischen Schreibart mit Tusche auf Pergament aus, das Schreiben nicht unter die Verbindungen von festen und flüssigen Körpern, sondern unter die Verbindung fester Körper rechnen müssen.

Nun hat aber die Schrift noch eine andere Seite, die Bechmann im 8. Abschnitt[182]) behandelt, „ein Verhältnis, dessen unklare Auffassung nicht wenig zu der in unserer Materie herrschenden Unsicherheit beigetragen hat“[183]). Zunächst wiederholt Bechmann das, was er bereits[184]) über den rein sachlichen, körperlichen Teil der Frage bezüglich des Schreibens gesagt hat[185]): „es kommen beim Schreiben zwei Gegenstände in Betracht, das Material, auf das *(tabula, papyrus, membrana)*, und das Material, mit dem geschrieben wird (Farbe). Durch das Schreiben verliert die Farbe (Tusche, Tinte) ihre selbständige Natur, die Tinte geht im Papier auf. Es unterscheidet sich also nach dieser Ansicht das Schreiben in keiner Weise vom Färben, über dessen rechtliche Wirkung wohl niemals eine Meinungsverschiedenheit unter den klassischen römischen Juristen bestanden hat“[186]) [187]). Man hätte sich

[182]) Bechmann, Akz. S. 73 ff.

[183]) Bremer S. 7 ff., 13, 53, 54 hat nachgewiesen, dass Bechmann durch seine Ausführungen die Verwirrung, Unklarheit und Unsicherheit in der Lehre von der Akzession nicht beseitigt hat; „Bechmann hat die Verwirrung nur noch vergrössert, indem er eine neue Terminologie einführt, deren Abgrenzung er selbst nicht versucht.“

[184]) Akz. S. 41.

[185]) Immer unter dem falschen Gesichtspunkt, dass die Schrift in das poröse Papier eindringt.

[186]) Bechmann, Akz. S. 73.

[187]) Dass das Färben der Wolle keine Spezifikation ist, wird allerdings in den Quellen niemlas bezweifelt (vgl. l. 23 § 2 D. *de r. v.* 6, 1); ja es hat diese Frage den Paulus sogar zu dem drastischen und viel angefeindeten Vergleich der gefärbten Wolle mit der in den Schmutz gefallenen geführt (l. 26 § 2 D. *de a. r. d.* 41, 1). [Dass Paulus mit diesem Vergleich lediglich „dem tieferen Gedanken hat Ausdruck geben wollen, dass jene Handlung kein menschliches Kunstwerk ist“, meint Pagenstecher (S. 153).] Jedenfalls ging man von dem Gesichtspunkt aus ganz folgerichtig vor, dass die *‘lana’* durch das Färben in ihrer *‘species’* gänzlich intakt bleibt; das Produkt ist ‘Wolle’, freilich gefärbte, aber deshalb noch nicht *nova species*.

nun mit dieser Folge auch für das Schreiben begnügen können. Die Unterlage bleibt, auch nach dem Beschreiben, was sie war, Papyrus oder Pergament, freilich beschrieben. Vom strengen Standpunkt der römischen Akzessionslehre musste das genügen. Den Quellen genügt es denn auch völlig. An allen drei Stellen[188]) sprechen sie als Prinzip aus: *litterae chartis cedunt* und fügen hinzu: *licet aureae sint*, d. h. auf das Wertverhältnis wird gar kein Gewicht gelegt.

Anders Bechmann. Er will nachweisen, dass bei der Schrift, wie auch beim Gemälde, doch die selbständige Bedeutung in den Vordergrund gerückt werden muss. Zu dem Zwecke konstruiert er sich, weil er glaubt, hier von Spezifikation nicht reden zu dürfen[189]), eine eigenartige Ansicht. Zunächst dehnt er[190]) das, was er für das Gemälde zum Unterschied vom Färben festgesetzt wissen will, auch auf das Schreiben aus[191]). Wir müssen daher auf seine Erörterungen bereits hier eingehen. Er meint[192]) folgendes: „Es entsteht durch das Schreiben eine neue Vorstellung, das Buch, eine Vorstellung, die als solche gar keine reale, greifbare Existenz hat, also namentlich schlechterdings keine Sache ist. Vielmehr gelangt sie an einer Sache (der Unterlage) mittelst anderer Sachen (Tinte, Tusche, Schwärze) zur Erscheinung und ist als Vorstellung sowohl von derjenigen der Unterlage als der der Tusche wesentlich verschieden, wie sie auch ihren besonderen Namen führt (Buch). Aber auch einen eigenen selbständigen Vermögenswert hat das Buch; denn derselbe ist nicht etwa gleich der Summe des Wertes der Unterlage und der Tusche, sondern beurteilt sich nach ganz eigentümlichen vom Werte der Materialien völlig unabhängigen Grundsätzen".

Die Farbe ist lediglich Akzession der Wolle und — im Sinne der römischen Juristen — Nebensache; deshalb tritt die Farbe ohne weiteres in das Eigentum desjenigen, dem die Wolle zu eigen ist (vgl. Bechmann, Spez. S. 43-44).

188) l. 9 § 1 D. 41, 1; l. 23 § 3 D. 6, 1; § 33 I. 2, 1.

189) s. unten S. 29.

190) Akz. S. 74 ff.

191) Akz. S. 74: „dasselbe gilt auch von der Schrift".

192) Wenn wir überall für das für das Gemälde gesagte die entsprechenden Begriffe der Schrift setzen.

Zu dieser Deduktion ist Bechmann lediglich aus dem Grunde gekommen, weil er von seinem Standpunkt glaubt, eine Spezifikation bei der Schrift (und beim Gemälde) nicht annehmen zu dürfen, da ja die Unterlage selbst eine Umgestaltung nicht erfahre, und er doch die Empfindung hat, dass im Buch (und Gemälde) etwas neues vorliegt. Bremer[193]) macht denn auch Bechmann den wohl berechtigten Vorwurf, mit seinem Satze „beim Malen[194]) kann 'offenbar' von Spezifikation keine Rede sein" einer eingehenden Prüfung der Frage einfach aus dem Wege gegangen zu sein, dadurch, dass er sein Gefühl und eine starke Wahrscheinlichkeit ('offenbar') einfach als Richtschnur nimmt, ohne zu begründen[195]).

Nun ist, wie Herr[196]) ausführt, „damit eine neue Sache entsteht, eine begriffliche Vernichtung der Sache, aus welcher sie gemacht ist, notwendig"; damit ist auch gesagt, dass die Vernichtung nicht physisch sein muss. Es kann ganz gut eine neue Sache entstehen und doch die Unterlage ohne physische Umgestaltung bleiben; eine begriffliche erfährt sie ja[197]). Und schliesslich tut ja Bechmann nichts anderes, wenn er hier die Ansicht von der 'neuen Vorstellung, dem Buch', von einem 'selbständigen Vermögenswert' vorbringt, als dass er Schreiben und Malen als Spezifikation charakterisiert, nur, dass er sich nicht eingestehen will und andere Namen gebraucht[198]). Es entsteht ja eine neue *species*, die 'nicht nur aus Unterlage und Tusche besteht', sondern ihren eigenen Namen hat, und das ist doch ein Hauptmerkmal dafür, dass

---

[193]) S. 14.

[194]) also auch beim Schreiben.

[195]) Bechmann hatte dieser Ansicht schon früher, allerdings unter etwas anderer Begründung, Ausdruck gegeben (Bechmann, Spez. S. 29 und 44, wogegen Bremer S. 10, 14, 15, 23, 24).

[196]) S. 10.

[197]) Vgl. Bremer S. 26, der den „physischen Untergang" dem „praktisch-juristischen" gegenüberstellt, auf den es allein ankomme; vgl. Strauss S. 25.

[198]) Man bemerke übrigens, dass er die Begriffe der abstrakten Vorstellung 'Buch' und des konkreten greifbaren 'Buches' nicht auseinander hält.

der Verkehr eine neue Sache wirklich anerkennt[199]). Freilich besteht die Unterlage physisch fort in der neuen Sache, für das Entstehen einer neuen Sache ist das ja aber ohne Bedeutung, wie oben[200]) ausgeführt.

Hätte Bechmann von diesem Gesichtspunkte aus geurteilt, dann wäre er noch weiteren Schwierigkeiten aus dem Wege gegangen. Nach Bechmann[201]) ist das Gemälde überhaupt keine Sache, sondern es ist ein Wertobjekt auf sächlicher Grundlage. Es ergeben sich also für Bechmann zwei verschiedene Arten von Dingen, die der Vindikation unterliegen[202]), 1. Sachen oder Rechtsobjekte und 2. Werte oder Vermögensobjekte, d. h. auf sachlicher Grundlage befindliche Werte.

Eine sichere Abgrenzung der Begriffe dieser seiner neuen Terminologie versucht Bechmann gar nicht[203]). Er hat sie auch nur notgedrungen aufgestellt, da er das Buch und das Gemälde als 'neue Sache' nicht anerkennen will. Er hat das Buch aber, das er „als Sache hinausgewiesen hat, durch die Hintertür als Wertobjekt wieder hineingeleitet"[204]).

Die Römer haben nun bei dem Geschriebenen lediglich den körperlichen Standpunkt vertreten, und zwar deshalb, „weil ihnen die Schrift, das Manuskript, nicht in der nämlichen Weise als selbständiges Vermögensobjekt[205]) erscheint, wie das Gemälde"[206])[207]). Das ist richtig, und ist auch keine „ganz

---

[199]) l. 6 D. 6, 1: *appellatio rei non genus, sed speciem significat.* Vgl. jedoch Fitting S. 6; Czyhlarz S. 251, 252; Sulzer S. 89, Anm. 108; Bechmann, Spez. S. 38, 44; Keller, Pand. S. 312; Bremer S. 26; vgl. auch unten § 30.

[200]) S. 29.

[201]) Akz. S. 75, 79.

[202]) vgl. Bremer S. 54.

[203]) Bremer S. 53.

[204]) Bremer S. 52.

[205]) was, wie oben gezeigt, nur eine andere Bedeutung für *'nova species'* ist.

[206]) Bechmann Akz. S. 78.

[207]) Bechmann macht hier (S. 78, Note 2) darauf aufmerksam, dass den Römern trotzdem Papier und Manuskript nicht völlig identische Begriffe waren, und führt an l. 52 und 76 D. *de leg.* III. Es handelt sich hier um die

verrückte Umkehrung der Begriffe von Haupt- und Nebensache«[208]), sondern ist vielmehr die einzig mögliche Konsequenz der Akzessionstheorie. Vor dieser Konsequenz brauchten sich die Römer für das Geschriebene deshalb nicht zu fürchten, weil in Rom die Schreiberarbeit reine Sklavenarbeit war[209]). Puchta[210]) meint sogar, die Quellen sprächen der Schrift nur dann die Eigenschaft als Akzession zu, »wenn es sich lediglich um handwerksmässiges Abschreiben handele«, also um Sklavenarbeit[211]).

Das ist aber etwas mit Gewalt in die Quellen hineingetragenes; im Gegenteil: gerade darauf ist hingewiesen, dass selbst dann, wenn ich ein Gedicht, eine *historia*, ja sogar eine Rede, alles Dinge, die bei den Römern in hervorragendem Ansehen standen, und deren Pflege einem freien Manne wohl anstand[212]), auf fremdes Material schreibe, und zwar zum ersten Male aufschreibe, nicht abschreibe, dass selbst dann der Materialeigentümer Eigentümer *huius corporis* wurde.

Eher könnte man an handwerksmässiges Abschreiben denken, wenn die Quellen sagen: *licet litterae aureae sint.* Solch kostbare Farbe wird man nur dann verwenden, wenn es sich um Vervielfältigung handelt[213]); auch dann ist der Gedankengang der Quellen ein anderer: Akzession der Unter-

---

Frage, ob, wenn jemand *'chartas'* vermacht hat, die *chartae scriptae* und *libri facti* unter das Legat fallen. Für identische Begriffe könnten wir m. E. beides auch dann nicht halten, wenn wir das Zeugnis der l. 76 *cit.* nicht hätten. Dadurch, dass die Römer sagen *'scriptura chartae cedit'* stellen sie doch die *'charta in qua scriptum est'* der *'charta* ohne *scriptura'*, dem unbeschriebenen Blatt, noch nicht begrifflich gleich.

[208]) Bechmann Akz. S. 78.

[209]) So sagt die Glosse zu l. 9 § 2 D. 41, 1: Die Verschiedenheit in der Behandlung von *scriptura* und *pictura* lag daran, *quia scriptores antiqui temporis non erant adeo clari sicut sunt hodie; unde cum parvi pretii esset scriptura, cedebat chartae; quia scilicet charta carior erat.* (Ueber die Nichtbeachtung der Mühe der Herstellung s. auch Sokolowski, Phil. S. 186).

[210]) Pand. S. 247.

[211]) Vgl. Sulzer S. 113; auch Sokolowski, Phil. S. 186.

[212]) Vgl. Sulzer S. 107.

[213]) Zur Verzierung der Anfangsbuchstaben z. B.; es brauchen ja nicht alle *litterae* von Gold zu sein.

lage ist die Schrift jedesmal dann, wenn mit gewöhnlicher Farbe eine *oratio* etc. auf fremdes Material geschrieben wird. Selbst dann nun, wenn die Farbe von selbständigem Werte ist, bleiben die *litterae* blosse Akzession der *tabula* und soll wegen des '*pretium scripturae*' nichts anderes rechtens sein.

§ 9.

ε) Ausdehnung im gemeinen Rechte.

Die gemeinrechtliche Praxis hat vielfach geglaubt, von der römischen Lehre in bezug auf die Schrift abgehen zu müssen, namentlich dann, „wenn wertvolle, namentlich gelehrte Ausführungen auf fremdes Papier geschrieben werden"[214]). So will Lauterbach[215]) für den Fall, dass jemand „*chirographum, inventarium, rationes*" oder „*doctus quidam meditationes suas*"[216]) auf fremdem Material geschrieben hat, den Richter anweisen, '*ex officio*' den Besitzer des Schriftwerks gegen den vindizierenden Tafeleigentümer dann nicht zu verurteilen, wenn der Besitzer das *iustum pretium* der Unterlage oder eine ebensolche leisten will. Und gegen den besitzenden Materialeigentümer soll dem Schreiber eine *actio in factum* zustehen nach l. 3 § 14 D. ad exh. 10, 4.

Eine ganz ähnliche Erörterung findet sich bei Donellus[217]), der Franziskus Hotomanus anführt dafür, dass die Praxis verlangte, dass der, welcher *cogitationes suas conscripserit in aliena charta*, geschützt würde. Freilich meint Donellus, zu einem solchen *trahere ad consequentias* des *ius exorbitans picturae* läge kein Grund vor, da die Quellen das Recht der Schrift klar und unverkürzt zeigten[218]).

Dem muss man sich für das gemeine Recht anschliessen. Sobald aber die Technik des Schreibens sich änderte, sobald man mit Tinte auf poröses Papier schrieb, musste man natürlich

---

214) Weiske S. 30.
215) § 106.
216) vgl. Huber S. 101.
217) S. 894.
218) vgl. Cuiacius V, S. 288 unter B; Huber S. 101, 102.

von dem Gedanken der Trennbarkeit der Schrift Abstand nehmen[219]). Dann ergab sich für die *scriptura* die analoge Anwendung der Sätze für die *pictura*[220]), weil das Papier seine frühere Brauchbarkeit nicht wiedererlangen konnte[221]).

§ 10.

2. Der Ausgleich wegen des Eigentumsverlustes.

a) Die *reivindicatio* und die *actio ad exhibendum.*

Auf welche Weise wird nun der Schreiber, der doch das Eigentum an seiner Tusche verliert, geschützt, wie wird der Eigentümer des Materials dafür, dass sein Eigentum eine Ausdehnung erfahren hat, dem Schreiber ersatzpflichtig? Die Quellen beantworten die Frage in l. 9 § 1 D. 41, 1; § 33 I. 2, 1; Gaius II § 77[222]); l. 23 § 4 D. 6, 1[223]).

In allen diesen Stellen wird allein folgender Fall behandelt: Ich habe in gutem Glauben[224])[225]) auf deinem Papier mit meiner Tusche etwas geschrieben und bin im Besitze des *‚liber'*. Du klagst gegen mich mit der *reivindicatio,* denn *‚membrana tua est'* und das Geschriebene ist lediglich Akzession; „die dinglichen Schutzmittel kommen nicht dem Schreiber, sondern lediglich dem *dominus chartae* zu"[226]).

---

[219]) vgl. Sulzer S. 79.

[220]) s. unten § 14 ff.

[221]) vgl. Tobias S. 375, Note 8.

[222]) l. 9 § 1 D. 41, 1: *sed si a me petas tuos libros tuasve membranas nec impensas scripturae solvere velis, potero me defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide eorum possessionem nanctus sim.* Ebenso § 33 I 2, 1 und Gaius II § 77.

[223]) *im omnibus igitur istis in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.* (In l. 9 § 1 D. *cit.* steht *impensae,* hier *pretium).*

[224]) d. h. in „der auf redlicher Ueberlegung beruhenden Ueberzeugung, dass ich kein Unrecht tue" (Sulzer S. 45, Note 25).

[225]) Der Ausgleich mit dem gutgläubigen Schreiber und der mit dem bösgläubigen muss bei der *scriptura* zusammen behandelt werden, da sonst erhebliche Wiederholungen nicht zu vermeiden sind.

[226]) Sokolowski, Phil. S. 187.

Gegen diese deine Vindikation mache ich mein Retentionsrecht wegen der *impensae scripturae* mit Hilfe der *exceptio doli mali* geltend[227])[228]). So lange man also das Geschriebene als unlösbare Akzession des Stoffes ansah, musste man sich damit begnügen, dem Eigentümer des Papiers die *reivindicatio* auf die *libri* zu geben.

Nun hat aber Sulzer[229]), wie oben[230]) bereits erwähnt, nachgewiesen, dass bei der *scriptura* die Verbindung löslich war durch Abwaschen und vorheriges Kopieren[231]). Es trat also, wie bei anderen akzessorischen Verbindungen, das Geschriebene nur so lange unter das Eigentum des Tafeleigentümers, als es mit der Tafel verbunden war[232]). Von diesem Gesichtspunkt aus hat nun[233]) der Eigentümer des Papiers nicht nur die *reivindicatio* auf die *libri*, sondern auch die *actio ad exhibendum*[234]) auf Trennung der *libri* vom Papier und dann die *reivindicatio* auf das Papier.

Auch gegen diese Klage hat[235]) der Beklagte, vorausgesetzt, dass er *bona fide* ist, die *exceptio doli* auf Ersatz der Impensen[236])[237])[238]).

---

[227]) Vgl. Sokolowski, Phil. S. 187.

[228]) Mit Recht macht Donellus (S. 894) darauf aufmerksam, dass der Fall der *scriptura* wesentlich einfacher liegt, als der der im übrigen ihr sehr ähnelnden *plantatio*. Denn bei der Schrift ist es, wenn Schreiber und Eigentümer der *charta* verschiedene Personen sind, nur möglich, dass jemand auf fremder *charta* schreibt. Unmöglich ist es, dass der Eigentümer der *charta* mit dieser eine fremde *scriptura* verbindet.

[229]) S. 15—16.

[230]) S. 26.

[231]) Gegen diese Auffassung, aber wohl von der falschen Beurteilung der Technik des Schreibens aus, Wächter, Pand. S. 120; Sintenis S. 504; Weiske S. 31, Note 88.

[232]) l. 23 § 5 D. *d. r. v.* 6,1: *quamdiu cohaerent.*

[233]) Sulzer S. 16.

[234]) l. 1 D. *ad exh.* 10,4.

[235]) Sulzer S. 16.

[236]) l. 3 § 13 D. 10,4.

[237]) Dass dieser Ersatz nicht bedeutend war und sich lediglich auf die Impensen beziehen konnte, trotzdem es sich um immaterielle Produktion handelt, hat Sulzer (S. 112ff.) nachgewiesen. Es hängt das zusammen mit

Diese Ansprüche standen demjenigen, der durch die Verbindung sein Eigentum verlor, nur zu, geschützt durch die *exceptio doli*, wenn er — gutgläubig — im Besitze der *libri* war. War er nicht im Besitze, so hatte er keine Klage[239]; die Quellen verneinen diese Klage, abgesehen davon, dass sie sie in l. 9 § 1 D. 41, 1; § 33 I. 2, 1; Gaius II § 77 nicht erwähnen, ausdrücklich in l. 33 D. *de cond. ind.* 12, 6; l. 14 D. 44, 4; l. 14 § 1 D. 10, 3[240].

§ 11.
β) Die *actio in factum.*

Zu Julians Zeiten gab man jedoch, wenn man Sulzer[241] folgen will, in dem Falle, dass der Schreiber nicht im Besitze der *libri* war, diesem eine *actio in factum*[242] wegen der *aequitas exhibitionis*[243]. „Diese *actio in factum* ist eine *actio in rem scripta*[244] *in personam*, beruhend auf dem Prinzipe der unbilligen Bereicherung. Die Zulässigkeit der Klage beruht auf einem Notstande *(necessaria est)*, sie muss also subsidiär bleiben“ [245] [246] [247] [248].

---

der ganzen von der Ueberlegenheit der Produktion gedrückten Lage des Arbeiters, auch des freien, in Rom. Vgl. auch Sokolowski, Spez. S. 305 und Phil. S. 186.

[238]) *‘pretium eius quod accesserit’* in l. 23 § 4 D. 6, 1 ist ein Fortschritt; s. unten S. 36/37.

[239]) Windscheid S. 577; Donellus S. 894 cap. II; Cujacius V, S. 291; Sintenis S. 505; Eccius III, S. 224 Anm. 7; Vangerow S. 659; Witte S. 3—6; Sokolowski, Phil. S. 187. Vielfach ist das freilich behauptet worden, so Sell S. 91—94 durch Folgerung aus l. 23 § 4 u. 5 D. 6, 1.

[240]) so auch Wächter, Pand. S. 127.

[241]) S. 16—17; vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 187.

[242]) l. 3 § 14 D. 10, 4.

[243]) Vgl. Pagenstecher S. 138.

[244]) vgl. l. 9 § 2 D. 41, 1: *si is tabulas possidebat* und dazu Dernburg, Pand. I, 1, S. 299.

[245]) so Pagenstecher S. 141.

[246]) Vgl. Cujacius V, S. 291 *„actio in factum, quae extremum iuris sui obtinendi et generale subsidium, aliis actionibus deficientibus“.* Huber S. 101 *„extraordinarium remedium“.*

[247]) Wegen der Formulierung dieser *actio* als *utilis in rem actio* s. Pagenstecher S. 141.

Die *actio* war „eine Klage auf Vorzeigung der *libri* zwecks Ausübung des *ius tollendi,* nämlich um sie abschreiben und dann vom Papyrus oder Pergament entfernen zu können. Die *actio ad exhibendum* war das nicht, da ja die Trennung nicht körperlich, sondern nur in Gestalt des Abschreibens und Abwaschens möglich war, und das die *actio ad exhibendum* ausschloss, wie es die *reivindicatio* ausschloss“ [249]) [250]).

Noch später gab man[251]) demjenigen, der bei der Akzession den Eigentumsverlust erlitten hatte, beim Eigentumserwerb durch körperlich unlösbare Akzession, also auch beim Schreiben, eine *actio in factum* auf das *pretium*[252]) *eius quod accesserit*[253]).

Dieses *pretium* ist etwas anderes als die *impensae*[254]). Die *impensae* bestehen lediglich in dem Werte der Substanz *(in re)*[255]), vom *pretium* aber heisst es (bei der *tabula rasa pictura) 'earum rerum pretium non in substantia sed in arte est positum'*[256]) und um dieses *in 'arte'* beruhende

---

[248]) Für die Frage, wie es kommt, dass in Fällen von ganz derselben Art und Natur bald von einer in *factum actio,* bald von einer *utilis reivindicatio* die Rede ist, vgl. Fitting S. 352; vgl. unten S. 60, Note 425.

[249]) Sulzer S. 17. Vgl. l. 1 D. *ad exh* 10, 4.

[250]) l. 3 § 14 D. *ad exh.* 10, 4: *Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur actionem mihi competere.*

[251]) Vgl. Sulzer S. 17.

[252]) Ueber das „Persönliche“ des Prinzips der Kostbarkeit vgl. Pagenstecher S. 151, Note 2.

[253]) l. 23 § 5 D. *de r. v.* 6, 1; ebenso Weiske S. 24; vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 549, Anm. 412.

[254]) vgl. l. 38 D. *de r. v.* 6, 1; s. auch oben S. 35, Note 238.

[255]) Nur die Herstellungskosten, nicht einmal der Marktwert kommen in betracht, vgl. Sulzer S. 19.

[256]) l. 14 D. *de v. s.* 50, 16.

pretium, das *manus pretium*[257]), handelt es sich auch bei der Schrift[258]). Es ist, wie Weiske[259]) sagt, „der Wert, um den der Eigentümer der Hauptsache durch die Nebensache bereichert worden ist", *'in quantum locupletior factus est alter'*[260]) [261]).

Gaius und Justinian wollten nicht den letzten Schritt machen, den sie von der Akzessionsauffassung aus noch hätten tun können, und dem Schreiber die *reivindicatio* geben, die sie dem Maler zugestanden[262]). Donellus[263]) führt hierfür als Grund an, man habe für das Gemälde die Ausnahmestellung nicht so sehr wegen des *pretium picturae*, als wegen der *excellentia artis* geschaffen, und diese könne bei der *scriptura* niemals so gross sein.

Hervorgehoben werden muss noch, dass überall da, wo „von menschlicher Tätigkeit in den Quellen die Rede ist, die Unkosten hervorgehoben werden, welche sie verursacht hatte; so bei der *pictura* und *scriptura*. Es kommen jedoch überall nur Geldauslagen in Betracht"[264]).

Alle diese Rechtsmittel stehen dem Schreiber aber nur dann zu, wenn er gutgläubig ist; ist er bösgläubig, so hat er lediglich das *ius tollendi*, das er aber nicht nur zur Schikane ausüben darf[265]), also bei der Schrift überhaupt nicht.

§ 12.

γ) Der Impensencharakter der Schrift.

Der gutgläubige Schreiber aber kann mit der *exceptio doli* Ersatz nur so weit verlangen, als das Schreiben der

---

[257]) l. 13 § 1 D. *de v. s.* 50, 16: *plerumque plus est in manus pretio quam in re.* Das ist der Individualwert, der Kunstwert (Sulzer S. 19).

[258]) A. M. Sokolowski, Phil. S. 186.

[259]) S. 24.

[260]) vgl. l. 14 D. *de cont. ind.* 12, 6; l. 5 § 8 D. *de neg. gest.* 3, 5; l. 206 D. *de r. i.* 50, 17.

[261]) Vgl. auch Puchta, Vorles. S. 316.

[262]) l. 9 § 2 D. 41, 1; § 34 I. 2, 1.

[263]) S. 900, Abs. IX.

[264]) Sokolowski, Spez. S. 286.

[265]) l. 37 D. *de r. v.* 6, 1.

Unterlage gegenüber den Charakter von Impensen hat[266]). Es wird regelmässig den Charakter nützlicher Impensen haben (nützliche Verwendungen, *impensae utiles*), d. h. solcher, die der Erhöhung des Verkaufswertes der Sache dienen[267]), wenn man sie nicht lediglich unter die *impensae voluptuariae* (Luxusausgaben) rechnen will, die keinen wirtschaftlichen Nutzen haben[268]).

Möglich ist beides. Es würde auf den jedesmaligen Fall ankommen. Steht auf meiner *membrana* z. B. die *oratio* oder ein *carmen* eines berühmten Mannes, vielleicht sogar von ihm selbst geschrieben, so werde ich diese Schrift wohl unter die *impensae utiles* rechnen müssen, denn sie erhöht jedenfalls den Verkaufswert meiner *membrana*[269]). Ist das Geschriebene aber derart, dass es eben nur vorhanden ist, und ihm — von diesem Standpunkt aus — ein Wert überhaupt nicht zukommt, so kann es sich höchstens um *impensae voluptuariae* handeln, wenn nicht — und diesen Fall haben die Quellen überhaupt nicht behandelt — die Schrift die *membrana* geradezu verdirbt, wenn die *membrana* ohne Schrift ihren Wert als *membrana* hatte, mit einer derartigen Schrift aber höchstens Makulaturwert[270]). Für die Römer war dieser Fall so schlimm nicht, denn der Eigentümer der *membrana* konnte ja, wenn ihm an dem Geschriebenen nichts lag, es einfach abwaschen. Der Schreiber war hiergegen machtlos; er war ja nicht im Besitz, hatte also ursprünglich überhaupt keine Klage. Als er dann später seit Julian die *actio in factum* hatte zwecks Ausübung des *ius tollendi*, nutzte

---

[266]) Ueber den Impensencharakter der Zuwachssache vgl. Pagenstecher S. 142.

[267]) Dernburg, Pand. I, 2, S. 144; l. 79 § 1 D. *de v. s.* 50, 16; vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 187.

[268]) Die Quellen rechnen in l. 79 § 2 D. 50, 16 hierzu die *picturae*, überhaupt alles, *quae speciem dumtaxat ornant.*

[269]) Vgl. l. 10 D. *de imp.* 25, 1: *quod si hae res in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae sed utiles sunt.* Die *membrana* ist eine *res promercalis*, eine Sache, die einen Verkaufswert hat.

[270]) Vgl. Donellus S. 894, cap. II, am Ende.

ihm auch diese nichts, denn es war nichts mehr da, das dem *ius tollendi* hätte unterliegen können. Als er dann schliesslich den klagbaren Anspruch mit einer *actio in factum* hatte auf das *pretium eius quod accesserit*, erhielt er wieder nichts, denn der Eigentümer der *membrana* hatte ja eben gezeigt, dass die Akzession, die Schrift, für ihn gar kein *pretium* habe.

Der Fall konnte erst Bedeutung erhalten, als mit Tinte geschrieben wurde, die sich in den Poren des Papiers festsaugte. Dann erst war ein Abtrennen der Schrift auch unter ihrer Zerstörung nicht mehr möglich, und in diesem Falle ist, wenigstens beim Hinzutreten einer *culpa*, Sachbeschädigung anzunehmen und die *actio legis Aquiliae* als Entschädigungsklage zu geben.

Für die *impensae utiles* erhielt der redliche Besitzer stets Ersatz, soweit der Wert der Sache überhaupt erhöht war, und wenn die Erhöhung des Wertes grösser war, als der aufgewendete Betrag, nur diesen[271]). Für das '*pretium scripturae*' wird man davon abzusehen haben, denn das '*pretium*' besteht ja gerade nicht nur in dem aufgewendeten Betrage, sondern in der Kunstfertigkeit, die also in Anrechnung zu bringen ist[272]). Für die *impensae voluptuariae* erhielt auch der redliche Besitzer keinen Ersatz.

Für gewöhnlich hat nun jeder Besitzer das Recht, Verwendungen, für die er keinen Ersatz erhält, wegzunehmen, er muss die Sache aber wieder in den früheren Zustand zurückversetzen. Das *ius tollendi* konnte entkräftet werden dadurch, dass der Kläger sich erbot, den Geldwert zu leisten[273]).

Bei der Schrift ist nun die Ausübung des *ius tollendi* mit Hilfe der *actio ad exhibendum* nicht möglich, „da die Trennung der Schrift vom Stoff nicht körperlich möglich war und deshalb, wie die *vindicatio scripturae*, auch die *actio ad exhibendum* ausgeschlossen war"[274]). Man gab da-

---

[271]) vgl. l. 38 D. *de r. v.* 6, 1.

[272]) s. oben S. 36—37.

[273]) l. 38 D. *de r. v.* 6, 1; vgl. Pagenstecher S. 143.

[274]) Sulzer S. 17; vgl. auch Donellus S. 894, cap. II.

her seit Julian die bereits oben[275]) erwähnte *actio in factum*. Vor Julian war eine Ausübung des *ius tollendi* unmöglich, da dem nichtbesitzenden Schreiber überhaupt keine *actio* zu Gebote stand.

Auch nach Julian konnte mit Hilfe dieser *actio in factum* das *ius tollendi* nur ausgeübt werden, wenn es von pekuniärem Nutzen für den Schreiber ist[276]); Ausübung lediglich zur Schikane ist verboten[277]).

Das *ius tollendi* kann nun nur folgendermassen ausgeübt werden: der nicht besitzende Schreiber klagt mit einer *actio in factum* auf Vorzeigung der *libri*. Dann lässt er sie abschreiben und die Tusche von der *membrana* abwischen. Dann hat er die *libri* (bei denen ja nur die Buchstaben, nicht ihre Form in Betracht kommen), der andere hat seine *membrana*. Der Erfolg ist derselbe, wie sonst bei der *actio ad exhibendum*[278]). Nur abwaschen, ohne jedes sonstige Interesse an der Entfernung, darf er die Tusche nicht, denn davon hat er keinen Nutzen, höchstens der andere Schaden, und die Schikane ist beim *ius tollendi* ausdrücklich ausgeschlossen[279]). Wächter[280]) ist freilich der Meinung, das *ius tollendi* könne hier überhaupt nicht Platz greifen, weil der Eigentümer die Schrift unwiderruflich ins Eigentum erworben hat[281]); ebenso Weiske[282]) mit dem Argument aus l. 38 D. 6, 1, da ja dann mit der Wegnahme „die Hauptsache auf nicht zu reparierende Weise beschädigt würde". Wäre die Schrift nicht trennbar, dann müsste es allerdings dabei sein Bewenden haben; dass sie jedoch in Rom trennbar war, ist schon verschiedentlich betont worden.

---

[275]) § 11, S. 35—37.

[276]) Dernburg, Pand. I, 2, S. 145.

[277]) l. 38 D. 6, 1: *neque malitiis indulgendum est;* vgl. Pagenstecher S. 143; Sulzer S. 93.

[278]) vgl. Weiske S. 31.

[279]) s. oben Note 277.

[280]) Pand. S. 127.

[281]) so l. 53 D. *de r. v.* 6, 1; vgl. auch Cujacius V, S. 291.

[282]) S. 3, Note 88.

Der unredliche, in *mala fide* befindliche Schreiber erfährt eine andere Behandlung. Ihm steht zunächst die *exceptio doli* natürlich nicht zu, aber er hat nach den gewöhnlichen Grundsätzen über die Impensen das *ius tollendi.*

Ob ihm, wenn er nun nicht mehr im Besitze ist, die *actio in factum* zur Ausübung des *ius tollendi* zusteht, ist zum mindesten zweifelhaft. Die Glosse sagt zu l. 9 § 1 D. 41, 1: *si autem mala fide, laborem donasse videtur.* Er soll, hat er einmal *mala fide* gehandelt, so behandelt werden, als habe er sich alles Rechtes begeben[283]). Gestützt auf die Anfangsworte der l. 3 § 14 D. ad exh. 10, 4, die diese *actio in factum* gibt der '*aequitas exhibitionis*' wegen, kann man wohl annehmen, dass sie nur im Falle der *bona fides* des Schreibers Anwendung finden soll. Sie soll ja die Lücke ergänzen, die besteht, weil der Schreiber nur eine *exceptio doli* auf die Impensen, keine Klagen hat. Die *exceptio doli* aber hat nur der gutgläubige Schreiber, also muss man wohl die sie erweiternde und zur Klage machende *actio in factum* auch auf die *bona fides* beschränken.

Die letzte Klage, die *actio in factum* auf das *pretium eius quod accesserit*[284]), ist von der *bona fides* nicht zu trennen, da diese ja schon Voraussetzung des blossen Impensenanspruchs war[285]).

§ 13.

δ) Behandlung in der Praxis.

In der Praxis hat man sich freilich mit den strengen Konsequenzen der Akzessionstheorie nicht recht begnügen wollen[286]). Als vollends die neue Schreibtechnik mit Tinte auf Papier kam und man die Schrift analog der *pictura* behandeln

---

[283]) Vgl. Donellus S. 894, cap. II, der einen Analogieschluss aus l. 11 C. *de r. v.* 3, 32 macht.

[284]) l. 23 § 5 D. *de r. v.* 6, 1; oben S. 36.

[285]) Vgl. Sulzer S. 17.

[286]) So Lauterbach, Huber und Hotomanus bei Donellus; vgl. oben S. 32—33.

musste[287]), musste man auch den Ausgleich nach den Sätzen über die *pictura* behandeln[288]).

Azo leitet[289]) daraus, dass '*hodie scripturae pretiosiores quam chartae*' sind, den Satz ab, dass man für die Schrift dasselbe sagen müsse, wie für das Gemälde; aus demselben Grunde, den die Gegner des Paulus hatten[290]), nämlich wegen des höheren *pretium*[291]).

Man ging also in der gemeinrechtlichen Praxis nur so weit, für das Schreiben eine analoge Anwendung der Regeln über die *pictura* zu fordern; den Gesichtspunkt der Spezifikation, den man ja trotz der Quellen hätte herausarbeiten können[292]), haben erst die modernen Pandektenlehrbücher in die Lehre von der Schrift sowohl als die vom Gemälde hineingetragen[293]), zum Gesetze geworden ist diese Ansicht erst in den modernen Kodifikationen.

b) Die Pictura.

1. Ihre rechtliche Beurteilung.

§ 14.

α) Die Abgrenzung des Begriffs.

Aehnlich wie bei der Schrift scheiden auch beim Gemälde *(tabula picta, pictura)*[294]) einige Fälle von der Beurteilung

---

[287]) oben § 9 S. 33.

[288]) s. unten § 22 ff.

[289]) vgl. die Glosse zu l. 9 § 2 D. 41, 1.

[290]) l. 23 § 3 D. 6. 1: *licet quidam contra senserint propter pretium picturae.*

[291]) A. M. Donellus (S. 900. cap. IX), der das *pretium* lediglich in der *excellentia artis* sieht und es für die *scriptura* durchaus ausschliesst. Ebenso Huber (S. 101) gegen Mynsinger: er spricht den modernen Schriftwerken überhaupt jedes *'pretium'* ab, wenn schon die Werke der Alten es nicht gehabt hätten. Die modernen Werke taugten weniger als jene, und die moderne Materie (Tinte) sei noch *'vilior'* als die antike.

[292]) vgl. Bremer S. 45.

[293]) vgl. die oben S. 15, Note 99 zitierten.

[294]) *'pictura'* heisst in den Quellen auch Stickerei, die natürlich hier gar nicht hergehört und einen gewöhnlichen Akzessionsfall bildet (l. 23 § 1 D. *de auro arg.* 34, 2).

völlig aus. Hier muss man zwar nicht wie dort zwischen zwei technisch verschiedenen Arten unterscheiden, vielmehr handelt es sich nur um die einzige des Malens mit Farben auf Unterlagen. Unterschieden aber werden muss je nach der Bedeutung, die der Unterlage zukommt. Zunächst scheidet der Fall aus, dass der Unterlage eine überwältigende Bedeutung zuerkannt werden muss, bei Wand- und Deckenmalereien, z. B. bei der Freskomalerei, die mit Aquarellfarben auf frische Kalkwand malt als auf eine Immobilie[295]). Dann ist das Gemalte stets Nebensache[296]); dasselbe gilt für die Mosaikarbeit (musivische Arbeit)[297]) und schliesslich auch für Gobelinarbeiten (vgl. aber Note 294).

Jedoch kann die Unterlage auch dann, wenn sie eine bewegliche Sache ist, eine selbständige Stellung haben, wenn die Malerei nur zu ihrer Verzierung dient[298]). Auch in diesem Falle (z. B. Truhen, Möbel) liegt eine *pictura* im Sinne der Quellen nicht vor.

Noch einen weiteren Fall, bei dem die Sätze über die *pictura* keine Anwendung finden, hat Sohm[299]) hervorgehoben. Er geht von dem Standpunkt aus, dass beim Malen entweder Akzession oder Spezifikation vorliege. Akzession dann, wenn „das Ergebnis z. B. bemalte Leinewand ist, wenn die eine Sache fortdauert; dann soll der Eigentümer der *tabula* auch Eigentümer der Farbe werden; Spezifikation dann, wenn der Stoff vor dem Kunstwerk verschwindet: Gemälde, dritte Sache, weder Leinewand noch Farbe". Dass in Rom das Recht des Gemäldes nicht nach dem Gesichtspunkte der Spezifikation beurteilt wurde, ist weiter unten nachzuweisen. So viel aber ist aus Sohms Ausführungen zu entnehmen, dass die Fälle, in denen das Ergebnis nicht ein Kunstwerk ist, vielmehr höchstens die Bezeichnung 'Unterlage mit Farbe', ja 'An-

---

[295]) Vgl. z. B. l. 40 pr. D. *de damn. inf.* 39, 2; l. 41 § 13 D. *de leg.* I.

[296]) Vgl. Weiske S. 30.

[297]) Vgl. Pagenstecher S. 154.

[298]) Weiske S. 30; Puchta, Inst. S. 225; Puchta, Pand. S. 247; Sulzer S. 9.

[299]) S. 319.

streichen'[300]), wenn nicht gar 'beschmierte Unterlage'[301]) verdient, nach den Quellen behandelt werden gemäss den gewöhnlichen Regeln der Akzession: die Farbe ist hier Akzession der Unterlage.

Nur der Fall, wo es sich um ein wirkliches 'Gemälde', ein selbständiges Kunstwerk, handelt, wo „die Unterlage lediglich der Aufnahme eines Gemäldes dienen soll, und wo das Gemälde nicht nur zur Verzierung bestimmt ist"[302]), ist als der von den Quellen '*pictura*' genannte Fall anzuerkennen. Dabei kann die Unterlage *(tabula)* aus jedem beliebigen Material sein; es braucht nicht eine Holztafel zu sein, ganz gleich werden Leinewand, Papier und sonstige Unterlagen[303]) erachtet, wenn sie nur ihrem ganzen Charakter nach als zur Aufnahme eines Gemäldes geeignet angesehen werden können. Das Material, mit dem gemalt wird, kann ebenfalls jedes beliebige sein, Tusche, Kreide, Email, Oel-, Aquarellfarben, je nachdem es die technische Behandlung erfordert.

§ 15.

β) Die Quellenstellen.

Die Römer behandeln in den Quellen die Rechtsverhältnisse des Malens an drei Stellen im *corpus iuris*, zusammen mit dem Schreiben, in l. 9 § 2 D. de a. r. d. 41, 1[304]); § 34 I. 2, 1[305]); l. 23 § 3 D. de r. v. 6, 1[306]). Auch Gaius[307]) behandelt es in diesem Zusammenhange.

---

[300]) Wächter, Pand. S. 118.

[301]) Sohm S. 319.

[302]) Wächter, Pand. S. 118.

[303]) für die Emailmalerei z. B. Metall, Ton, Glas.

[304]) *sed non uti litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit, tabulas picturae cedere.*

[305]) *si quis in aliena tabula pinxerit quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere; sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.*

[306]) *sed et id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.*

Darin stimmen die Quellenstellen zunächst sämtlich überein, dass sie das Verhältnis des Gemalten zur *tabula* als Akzession auffassen. Man hat zwar, durch den selbständigen Kunstwert des Gemäldes bewogen, gemeint, auch die Römer hätten in der Beurteilung der *pictura* sich auf den Standpunkt der Spezifikation gestellt[308]). Modern ist diese Ansicht wohl, sie entspricht auch den Forderungen der Praxis, quellenmässig ist sie aber nicht[309])[310]). Bremer[311]) behauptet allerdings, die Römischen Juristen „wären darüber nicht im Zweifel gewesen, dass das Malen Spezifikation sei. Der Streit habe sich nur bezogen auf die juristische Seite der Frage, wem das Eigentum zuzusprechen sei“[312]). Ich meine, hätten die Römischen Juristen das Malen als Spezifikation angesehen, so hätten sie es erstens nicht getrennt von der Spezifikation behandelt[313]), wo sie ja die Entscheidung darüber hatten, wem das Eigentum zuzusprechen sei; zweitens wären sie dann bei der Angabe von Gründen für ihre Ansichten nicht so unsicher tastend gewesen[314]).

Etwas anderes ist es, wenn Sulzer[315]) die *scriptura* und *pictura* als „der Spezifikation analoge Fälle“ ansieht[316]). Na-

---

[307]) *sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. cuius diversitatis vix idona ratio redditur.* (Inst. II § 78.)

[308]) Vgl. die oben S. 15, Note 99 zitierten.

[309]) Vgl. die oben S. 15, Note 105 zitierten; Huber S. 101; Strauss S. 24; Fitting S. 24.

[310]) Hier verdient auch die von Donellus (I, S. 895) als *merum commentum*, blosses Hirngespinst, gegeisselte Ansicht von dem Charakter der *pictura* als *'specificatio accessoria'* einen Platz.

[311]) S. 25.

[312]) so auch Herr S. 13, Note 14.

[313]) Vgl. Bechmann, Spez. S. 29.

[314]) *'ridiculum est enim . . .'* in § 34 I. 2, 1 (zitiert oben S. 44, Note 305). *'cuius diversitatis vix idonea ratio redditur'* in Gaius Inst. II, § 78 (oben Note 307).

[315]) S. 22.

[316]) Ebenso. Paret S. 9, der aber S. 71 die *pictura* doch als „besonderen Fall der Spezifikation“ anführt.

türlich ist die *pictura* nicht eine Akzession, die lediglich ergänzt, vervollkommnet[317]), aber sie ist deshalb noch nicht Spezifikation. Das Verhältnis liegt vielmehr so[318]): *pictura* und *scriptura* sind Fälle immaterieller Produktion. Die Spezifikationstheorie beschränkt sich auf die materielle Produktion; deshalb musste die Behandlung der *scriptura* und *pictura* für sich von jener getrennt erfolgen.

Wenn sich die Römischen Juristen auch bemüht haben, der *pictura* eine die Bedeutung der Spezifikation möglichst erreichende Behandlung angedeihen zu lassen[319]), so haben sie sich doch nicht dazu entschliessen können, einfach zu erklären: bei der *pictura* liegt eine *nova species* vor. Die schroffe, von Paulus vertretene Ansicht[320]) war zu gewichtig, man kam von der Anschauung der Akzession nicht los[321]).

§ 16.

γ) Die drei Theorien.

Hier liegt nun der Punkt, an dem die Quellen sich im Gegensatze zueinander sich befinden[322]), und zwar die l. 23 § 3 D. 6, 1 von Paulus und Gaius Inst. II. § 78 einerseits und die übrigen andererseits[323]). Wir haben, wie sich am deutlichsten bei der Behandlung der Ausgleichsfrage beim Gemälde zeigt[324]), drei Theorien zu unterscheiden:

1. die prokuleanische, aus der stoischen Philosophie stammende[325]),

---

[317]) Vgl. Sulzer S. 21—22.

[318]) Vgl. Sulzer S. 78—79.

[319]) l. 9 § 2 D. 41, 1; § 34 I. 2, 1.

[320]) in l. 23 § 3 D. 6, 1.

[321]) Vgl. auch Johow S. 817.

[322]) anders, als bei der *scriptura,* wo keine Meinungsverschiedenheit herrscht; s. oben S. 28.

[323]) die Quellenstellen, die in Betracht kommen, sind oben S. 44—45, Note 304—307 zitiert.

[324]) unten §§ 22, 23, 24 ff.

[325]) *„pictura tabulae cedit"* in l. 23 § 3 D. 6, 1.

2. die (wahrscheinlich) sabinianische, aus der aristotelisch-peripatetischen Philosophie[326]) stammende[327]),
3. die vermittelnde des Gaius[328]), der sich Justinian[329]) anschliesst.

Paulus spricht in l. 23 § 3 D. 6, 1 klar aus, dass die *pictura* der Rechtslage der *tabula* zu folgen habe; das ist der grundlegende Bericht über diese Frage[330]). Er erwähnt die abweichende Meinung anderer Juristen, die wegen des *'pretium' picturae* die Akzessionsqualität umdrehen zugunsten des Gemalten, und er meint, man könne sich schliesslich auch wohl auf den anderen Standpunkt stellen[331]), aber die juristische Konsequenz fordert es[332]), dass man das Gemälde als Akzession der Unterlage betrachtet.

Auch Gaius[333]) ist mit der bevorzugten Behandlung der *pictura* gar nicht einverstanden. Er teilt zwar die Ansicht derer mit, die bei der *pictura* der Ansicht sind, die Akzessionsqualität umdrehen zu müssen, aber nur widerwillig: *cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*[334]). Ihm ist der Satz nur eine *regula iuris*, d. h.[335]) „eine durch die Rechtswissenschaft aus dem bestehenden Rechte abstrahierte Regel"[336]);

---

[326]) Vgl. Sokolowski, Phil. S. 169—170.

[327]) *„tabula picturae cedit"*, gemäss dem *'licet contra senserint'* in l. 23 § 3 D. 6, 1.

[328]) in l. 9 § 2 D. 41, 1.

[329]) in § 34 I. 2, 1.

[330]) Vgl. Sokolowski, Phil. S. 169.

[331]) *"licet . . . contra senserint"*. (Vgl. die an dies *licet* geknüpften Auslegungsversuche bei Donellus I, S. 895, cap. I). Gemeint sind damit eben wahrscheinlich die Sabinianer, während die von Paulus vorgetragene Meinung die der Prokuleaner ist (vgl. Cujacius VII, S. 285; auch Sokolowski, Phil. S. 169 am Ende).

[332]) *"sed necesse est"*.

[333]) in den Inst. II § 78.

[334]) Vgl. Boecking S. 150; Pagenstecher S. 153; Fitting S. 24; a. M. Donellus I, S. 897, cap. II, der meint, Gaius habe *'affirmanter et ex mente loquentis'* gesprochen.

[335]) Sulzer S. 28.

[336]) l. 1 D. *de r. i.* 50, 17.

nicht aus ihr nimmt das Recht seinen Ursprung, sondern sie entstammt dem Recht und verliert ihre Bedeutung, wenn sie sich als nicht stichhaltig herausstellt.

Gaius hat sich dann mit der *'diversitas'* ausgesöhnt[337]; er ist damit einverstanden, die Akzessionsqualität umzudrehen. Ihm folgt Justinian[338]), der damit „die wirtschaftliche Bedeutung des Malens anerkennt“[339]).

§ 17.

δ) Die philosophische Seite ihrer Beurteilung.

Wenn wir uns nun nach den Momenten fragen, die diese Verschiedenheit in der Behandlung mit sich geführt haben, so müssen wir auch hier die philosophische Betrachtung der *pictura* von der juristischen trennen. Zur philosophischen Seite der Beurteilung ist folgendes zu sagen[340]): „Grundlegend für die Beurteilung des Rechtes der Malerei[341]) ist die Betrachtung des rein künstlerischen Ergebnisses der Malerei frei von seinen körperlichen Substraten. Was das Bild als reines Kunstprodukt rechtlich gilt, kann nur festgestellt werden, insofern man es unabhängig von jener körperlichen Grundlage — Holztafeln, Metallplatten, Wände oder Mauern — beurteilt“[342]); die Meinungsverschiedenheit der Quellen[343]) beruht nun auf dem Gegensatze der peripatetisch-aristotelischen zur stoischen Philosophie von der Materie[344]). Ueber die aristotelische Philosophie siehe oben S. 20—21. „Den Prozess

[337]) in l. 9 § 2 D. 41, 1 aus Gaius Schrift *„res cottidianae sive aureae“*.

[338]) in § 34 I. 2, 1.

[339]) Fischer S. 59, Note 3.

[340]) Vgl. auch Bäumker S. 210 ff. zum folgenden.

[341]) „Im Vordergrunde steht natürlich nicht die Aesthetik, sondern die metaphysische Lehre vom Bestande und der Wesenheit des selbständigen Körpers“ (Sokolowski, Phil. S. 178).

[342]) Sokolowski, Phil. S. 168—169.

[343]) „die freilich alle darin übereinstimmen, dass die Malerei niemals selbständiges, vom Substrat losgelöstes Rechtsobjekt sein könne; als Bild ist die Farbe kein Körper, kann nicht gefasst werden, ist kein *ἄπτόν τι*“ Sokolowski, Phil. S. 169.

[344]) Zu diesem Gegensatze vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 28 ff.

des Werdens demonstriert nun Aristoteles mit Vorliebe an solchen Gegenständen, die ihre Entstehung menschlicher Tätigkeit oder Kunstfertigkeit verdanken. Beurteilen wir danach die Entstehung eines Gemäldes, so erscheint die Tafel als blosses Substrat — *ὑποκείμενον* oder *ἐσχάτη ὕλη* — welche in der Stufenleiter des Werdeprozesses von der Malerei, als dem letzten und neuesten *εἶδος*, verschlungen wird. In dem Kunstwerk als im ganzen ist die *tabula* begrifflich untergegangen, sie ist trotz ihres früheren selbständigen *εἶδος* für die neue Form des Bildes doch nur *τελευταία ὕλη*. Der Begriffsrealismus der Peripatetiker (Begriff und konkrete Dinge fallen zusammen) gestattet es, die *pictura* als selbständiges *εἶδος* seinem *ὑποκείμενον* überzuordnen“ [345]). Die Folgerung ist dann allerdings: *tabula picturae cedit*[346]).

Paulus dagegen muss vom stoischen Standpunkt zu einem anderen Resultat kommen[347]). „Es kann sich bei Paulus nur darum handeln, ob die *pictura* ein selbständiges Rechtsobjekt sei oder nicht. Massgebend sind für ihn die Regeln des herrschenden metaphysischen Systems, des stoischen“ [348]). Ueber die stoische Philosophie s. oben S. 20—21. Danach ist real die *tabula* allein, die Bemalung ist blosse *ποιότης*. Die Folge ist der Satz: *pictura tabulae cedit.*

§ 18.

ε) Die juristische Seite ihrer Beurteilung.

Neben diesen theoretisch-philosophischen Betrachtungen haben nun auch praktisch-juristische zu mancherlei Bedenken Anlass gegeben und die Meinungen in ihrem Gegensatze noch verschärft.

Allgemein anerkannt war es bei den Juristen, dass die Behandlung der *pictura* in die Lehre von der Akzession

[345]) Sokolowski, Phil. S. 170—171.

[346]) So, wenn man an der Akzessionsqualität festhält. Ungezwungener würden diese Folgerungen die *pictura* als Spezifikation ansehen lassen.

[347]) Das ist kein „barbarisches Verkennen des Wertes der Kunst“, wie man wohl (vgl. Sokolowski, Phil. S. 171—172) gemeint hat, sondern die logische Entwickelung der theoretischen Sätze der Stoa.

[348]) Sokolowski, Phil. S. 173—174.

gehöre. Da fragte es sich denn, wie bei der *scriptura*, welches die Haupt- und welches die Nebensache sei[349]); dort sahen wir, dass im allgemeinen alle Meinungen die Sache als die Hauptsache ansehen, ohne welche die andere nicht bestehen kann[350]).

Sogleich entscheidet Paulus[351]): *pictura tabulae cedit, quia sine illa esse non potest*[352]).

Nun kamen aber die Bedenken: das Gemälde sei doch etwas selbständiges; dem Gedanken der künstlerischen Schöpfung könne man sich nicht verschliessen. Selbst wenn man nun, im Banne des Gedankens der Akzession, die Möglichkeit, die *pictura* als *nova species* anzusehen und auf sie dementsprechend die Sätze der Spezifikationslehre anzuwenden, nicht sehen wollte, hätte auf zwei Wegen Abhilfe geschaffen werden können[353]). Man hätte entweder dem Maler, wie dem Schreiber, eine *actio in factum* auf das *pretium* geben können[354]) oder man drehte die Akzessionsqualität[355]) um, charakterisierte die *pictura* als die Hauptsache und kam dann zu dem Satze: *tabula picturae cedit.*

Diesen zweiten Schritt tat man, und auch Gaius konnte sich nun einverstanden erklären[356]). Als Grund dieser Auffassung gibt Paulus an, dass die Rücksicht auf das *pretium picturae*[357]) die Gegner zu dieser Meinung gebracht habe[358])[359]).

---

[349]) Vgl. oben § 7, S. 21—25.

[350]) A. M. Puchta, oben S. 23, zitiert in Note 162.

[351]) l. 23 § 3 D. 6, 1. „Jeder wirtschaftlichen Richtung abhold" Fischer S. 59; dies Urteil ist ungerecht, vielmehr tat er es „auf Grund der auf der Naturlehre beruhenden Rechtslogik" Schultz S. 20, Anm. 9.

[352]) Ueber die Inkonsequenz der Entscheidung des Gaius und die zielbewusste Durchführung des Gedankens bei Paulus vgl. Puchta, Inst. S. 225.

[353]) Vgl. Sulzer S. 19.

[354]) Vgl. oben S. 36.

[355]) Vgl. Huber S. 101.

[356]) l. 9 § 2 D. 41, 1.

[357]) Der Kunstwert, s. oben S. 37, Note 257; vgl. dazu Cujacius V, S. 291.

[358]) Fitting S. 24; Schmidt S. 6.

[359]) Cujacius VII. S. 286 wendet sich ziemlich scharf gegen die Meinung der Sabinianer, die *tabula* müsse als das '*vilius*' der *pictura* als

Gaius gibt weder in Inst. II § 78 noch in l. 9 § 2 D. 41, 1 einen Grund, dort nicht, weil er selbst die *'diversitas'* nicht recht billigt, hier nicht, weil er es vielleicht bereits für überflüssig hält. Justinian hat[360]) einen merkwürdigen Grund: *ridiculum enim est picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere*[361])[362])[363]). Er referiert vorher die gegnerische Meinung mit den Worten: *aliis videtur picturam qualiscumque sit tabulae cedere.* Bestimmter ist dieser Grund der Gegenmeinung, die Akzessionseigenschaft des Gemalten, jedenfalls als der in Justinians Entscheidung, die ihren Maler für einen Apelles oder Parrhasius hält[364]). Lauterbach[365]) ist sogar der eigenartigen Ansicht, man müsse hier auch, wenn *'inferioris notae artifex pinxerit'*, bei der Regel bleiben, da die *'dignitas et excellentia artis'* das verlange. Ob auch beim stümperhaften Versuch? Und wann ist ein 'Gemälde' so schlecht, dass es kein 'Gemälde' mehr ist? Diese Grenze ist ganz besonders schwer zu ziehen, denn ein Streit „darüber, ob ein wirkliches Gemälde, ein Kunstwerk, oder nur ein verunglückter Versuch, ein Verderben von gutem Material vorliegt"[366]), ist aus dem jeweiligen Sachverhalt zu

---

dem *'pretiosius'* folgen. Richtig sei *maiorem minori cedere,* dagegen sei falsch *vilius pretiosiori cedere* (z. B. § 26 I. 2, 1).

[360]) in § 34 I. 2, 1; zitiert oben S. 44, Note 305.

[361]) Vgl. Weiske S. 30; Johow S. 817.

[362]) Man denke auch an die Sage, dass Raffael die Skizze seiner Madonna della Seggiola auf einem zufällig in der Nähe befindlichen Fassdeckel festgehalten habe.

[363]) Wahrscheinlich sind diese Worte übrigens „eine einfältige Bemerkung von Justinians Kompilatoren" (Sokolowski, Phil. S. 172), die glaubten, in dieser geistvollen Erklärung den Grund der *'diversitas'* entdeckt zu haben. Auch sie haben jedoch das Beispiel nur gewählt, um durch das äusserste Extrem die Gegner *ad absurdum* zu führen. Wo ist dann aber die Grenze, bei der die Qualität eines Gemäldes anfängt, mit der eines Apellesschen auf eine Stufe gestellt werden zu können?

[364]) Vgl. Pagenstecher S. 153.

[365]) § 107.

[366]) Vgl. Bremer S. 25

entscheiden; „das Kriterium darüber ist kein juristisches“ [366]) und schwankt schliesslich mit den Ansichten über die Kunst [367]).

§ 19.

ζ) Ablehnung der Theorie vom geistigen Eigentum.

Es gibt nun freilich noch andere Gründe, die man den Vertretern des Satzes *'tabula picturae cedit'* versucht hat unterzuschieben. Fitting [368]) meint, die Entscheidung könne nicht ein Ausfluss der reinen Akzessionstheorie sein, vielmehr liege darin die erste Anerkennung des sogenannten 'geistigen Eigentums'. Freilich schränkt er sich selbst wieder ein und gibt zu, erstens, dass dieser Gedanke „den Römern gar nicht zum Bewusstsein gekommen sei“, zweitens, dass „der Gedanke in Rom auch nur beim Gemälde vorkommt, während die Römer andere künstlerische Schöpfungen immer nach den gewöhnlichen Grundsätzen behandelten“ [369]) und nochmals [370]), „dass Justinian aus seiner Entscheidung für die Gemälde und aus dem dabei angegebenen Grunde eine allgemeine Ausnahme für die Kunst leicht hätte naheliegen können“ [371]). Daraus lässt sich mit Sicherheit entnehmen, dass bei den Römern auch für ihre Entscheidung betreffs der *pictura* gewiss der Gedanke an den Begriff des geistigen Eigentums nicht den Ausschlag gab; dachten sie doch auch in anderen Fällen künstlerischer Arbeit nicht daran! Man denke nur an die viel angefeindete Folgerung aus der *media sententia* der Spezifikationslehre, dass z. B. der Bearbeiter von Silber, mag er eine auch noch so künstlerische Schöpfung hervorgebracht haben, doch das Eigentum an der *nova species* nicht erlangen kann, weil durch Einschmelzen *ea species ad materiam reduci*

---

[367]) Man müsste auch hier im Falle die *actio legis Aquiliae* wegen Sachbeschädigung für zulässig erachten (vgl. oben S. 39).

[368]) S. 24 ff.

[369]) Vgl. hierzu die Ausführungen von Fitting S. 161, 173, 193.

[370]) Fitting S. 194.

[371]) Ganz ähnlich nehmen die Ausführungen von Bechmann, Spez. S. 28—29 das 'geistige Eigentum', die schöpferische Arbeit, als Grund der Ausnahme an.

potest[372]). Und zu dieser durch die Härte der Konsequenz geradezu an Vandalismus streifenden Entscheidung sollen die Römischen Juristen gekommen sein, denen beim Gemälde der Gedanke des 'geistigen Eigentums' vorschwebte[373])?

Gegen diese Annahme Bechmanns und Fittings ist denn auch Bremer[374]) mit Fittings eigenen Worten: „andere künstlerische Schöpfungen als das Gemälde werden nach den gewöhnlichen Grundsätzen behandelt". Das gelte doch nicht anders für die Kunstschöpfung „Gemälde"[375]).

Möglicherweise sind die peripatetisch denkenden Juristen, vielleicht unbewusst, auch, wenigstens teilweise, von einer Würdigung der mühevollen, ästhetischen Genuss bietenden Arbeit des Künstlers ausgegangen, was den Ansichten des Aristoteles über die Bedeutung der Kunst entsprochen hätte; ebenso ist es wahrscheinlich, dass die Anhänger der stoischen, auf den Einfluss der Zyniker zurückzuführenden Ansicht von der Zwecklosigkeit, ja Schädlichkeit der Kunst die künstlerische Arbeit nicht beachten zu sollen meinten[376]).

§ 20.

η) Verhältnis des Gemäldes zur *universitas rerum cohaerentium.*

Bechmanns eigentümliche Ansicht über das Wesen des Gemäldes muss hier noch einmal berührt werden, zum Teil ist es ja schon oben[377]) bei Gelegenheit der Behandlung der

---

[372]) § 25 I. 2, 1; vgl. auch Scheurl S. 284.

[373]) Natürlich haben die Römischen Juristen auch auf dem Gebiete der Kunst nicht die Vorstellung von „Buschmännern oder Zulukaffern" gehabt (Sokolowski, Phil. S. 171); zu einer Würdigung der Bedeutung des 'geistigen Eigentums' haben sie aber nicht gelangen können, so lange sie sich von ihrem antiken philosophischen System nicht losmachen konnten.

[374]) S. 64—65.

[375]) Eine langatmige und etwas gewaltsame Einigung zwischen den widersprechenden Quellenstellen versucht Donellus (I, S. 897, cap. IV ff.), *subtili animo* (gemäss l. 2 § 15 C. *de vet. iur. enucl.* 1, 17), auf die im einzelnen hier nicht eingegangen werden kann.

[376]) Vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 175—179.

[377]) S. 28 ff.

scriptura mit erledigt worden. Wie oben[378]) bereits gesagt, hat sich Bechmann zu dieser gewaltsamen Konstruktion nur bewogen gefühlt, weil er den Gesichtspunkt der Spezifikation für das Gemälde abweist. So muss man denn auch hier sagen, dass er „das Bild, das er als Sache hinausgewiesen hat, als Wertobjekt wieder hineinleitet“[379]).

Eine weitere eigentümliche Ansicht Bechmanns ist die, die er am Schlusse seiner Abhandlung[380]) vorbringt, die über das Verhältnis des Gemäldes zu den *universitates rerum cohaerentium*. Bremer[381]) weist ihm hier nach, dass „eine gewöhnliche *universitas rerum cohaerentium* eine einheitliche Sache darstellt“[382]). „Der Gegensatz zwischen Tafel und Malerei ist irrige Abstraktion; im Gemälde existiert die Tafel nicht mehr“[381]).

Diese Ansichten Bechmanns sind mindestens „überscharf und deshalb unbrauchbar“[383]), ja sogar falsch[384]). Ueberhaupt hat Bechmann bezüglich der *universitates rerum cohaerentium*, abgesehen vom Gemälde, merkwürdige Ansichten, er sieht in ihrer Verfertigung keine Spezifikation usw.[385]).

Meiner Ansicht nach hat die Lehre von der *pictura* in Rom ihre eigentümliche, an Absonderlichkeiten reiche Ausbildung erfahren müssen deshalb, weil man einerseits Akzession annahm, andererseits den Kunstwert berücksichtigen wollte.

---

[378]) S. 28 ff.

[379]) Bremer S. 52; oben S. 30.

[380]) Akz. S. 78, Note 3.

[381]) S. 50.

[382]) Vgl. Göppert S. 38 ff. über die ἡνωμένα oder *corpora unita* (in l. 23 § 5 D. *de r. v.* 6, 1 *cohaerentia* genannt), die durch eine ἕξις, *uno spiritu continentur*. Beim ἡνωμένον liegt Kohäsion (innerer Zusammenhang gleichartiger Massen) oder Adhäsion vor (Oberflächenanziehung, auch verschiedener Stoffe). Adhäsion liegt z. B. vor bei der Farbe auf der Tafel oder Leinewand.

[383]) Bremer S. 53.

[384]) Man bedenke nur die doppelte Vindikation der Tafel, die Bechmann (Akz. S. 79, Note 3, c) konstruiert: einmal als 'Sache' und dann als 'Substrat einer Eigenschaft von selbständigem Vermögenswert' (!).

[385]) Bechmann, Spez. S. 32; dagegen: Fitting S. 354; Sulzer S. 89.

Beides ist schwer zu vereinen; die Folge sind die merkwürdigen Konstruktionen, die noch eigenartiger bei der Behandlung des Ausgleichs hervortreten[386]).

§ 21.

2. Analoge Ausdehnung auf moderne Erfindungen (Anhang).

Anhangsweise ist noch zu ergründen, wie man die modernen Erfindungen nach gemeinem Rechte zu behandeln hat. „Man glaubt, Schriftdruck nach Analogie der Schrift, Daguerrotypieren[387]), Photographie und andere graphische Darstellungen[388]) nach Analogie des Färbens oder des Schreibens oder des Druckens behandeln zu müssen, wenngleich man diese Entscheidung bezüglich des Photographierens schon für bedenklicher erklärt und die Analogie der Gemälde herbeiziehen möchte[389]). Und doch kann es wohl nicht einem Zweifel unterliegen, wie diese Produktionen sachgemäss aufzufassen sind, nämlich als Spezifikation“[390]).

Man versuchte also, für diese 'modernen Gebilde' mit der römischen Akzessionstheorie zu brechen und sie als Spezifikation zu behandeln. An sich war ja beides möglich, sowohl die analoge Anwendung der Sätze über Akzession, als

---

[386]) unten §§ 22—27.

[387]) Madai S. 214 ff. führt aus, dass das Daguerrotypieren für die Prinzipien der Malerei nicht passe, denn die Daguerrotyplinse sei kein Maler und die Kunst solle geschützt werden. „Erst eine neuere Gesetzgebung kann dem Daguerrotypisten eine den Fortschritten der Kunst entsprechende rechtliche Stellung geben“ (dagegen: Vangerow S. 638).

[388]) Vgl. Seufferts Archiv 9, Nr. 127 (Landgericht Wolffenbüttel): Für den Fall, dass jemand auf einer Steinplatte eine Zeichnung entworfen hat, werden nach der *ratio legis* die Sätze über die Malerei auf die Steinzeichnung als eine Nachbildung der Malerkunst in Anwendung gebracht. A. M. freilich Landgericht Dresden (Seufferts Archiv 13, Nr. 129): das Gemälde soll mit der Unterlage ein Kunstwerk in untrennbarer Verbindung sein. Der Entwurf auf dem Stein ist jedoch erst das Mittel zu weiterer Herstellung von Abbildungen und erst letztere sind die Werke der lithographischen Kunst.

[389]) Vgl. z. B. Windscheid-Kipp S. 868, Anm. 6.

[390]) Bremer S. 45.

die Behandlung als Spezifikation; es kam ganz darauf an, ob man in dem Entstandenen eine neue Sache sehen wollte oder nicht. Wenn man es tat, so entsprach es dem Fortschritt der Technik. Dieser Weg sollte denn auch für die spätere Behandlung vorbildlich werden[391]).

3. Der Ausgleich wegen des Eigentumsverlustes.

§ 22.

a) Nach der prokuleanischen Auffassung.

Nach der prokuleanisch-stoischen Auffassung, die auch beim Gemälde den Satz vertrat *'pictura tabula cedit'*[392]), hatte der Maler für den Ausgleich nur die *exceptio doli* auf Ersatz der Impensen und im Falle das Retentionsrecht, wenn er gutgläubig und im Besitze des Gemäldes war[393]). Der Impensenersatz trug denselben Charakter wie bei der Schrift[394]); ob das Gemalte als *impensa utilis* oder *voluptuaria* zu gelten hat, ist nach denselben Grundsätzen zu entscheiden wie bei der Schrift[395]). Wenn man nicht im Besitze war, so hatte man auch keine Klage[396]).

Wie stand es nun mit der wegen der *aequitas exhibitionis* seit Julian gewährten *actio in factum*[397]) auf Vorzeigung zwecks Ausübung des *ius tollendi?* Beim Gemälde war sie, die bei der Schrift zulässig war, ausgeschlossen, da ein *ius tollendi* beim Gemälde überhaupt nicht anerkannt werden kann[398]). Das Gemälde ist nicht auf dieselbe Weise trennbar wie die Schrift. Dort geschah die Trennung zwar auch nicht körperlich, aber in einer völlig befriedigenden

---

[391]) „die Praxis ist dem Entwurfe für das B.G.B. schon lange vorausgegangen" (Strauss S. 27).

[392]) l. 23 § 3 D. 6, 1.

[393]) Wie bei der Schrift. Vgl. oben S. 34; dazu l. 23 § 4 D. 6, 1 und Sokolowski, Phil. S. 179.

[394]) oben S. 36.

[395]) oben § 12, S. 37 ff.

[396]) oben S. 35, Note 239; dazu Johow S. 817.

[397]) l. 3 § 14 D. 10, 4; s. oben S. 36, Note 250.

[398]) Vgl. Sulzer S. 18.

Weise durch Abschreiben und durch Abwaschen der ursprünglichen Schrift vom Pergamente[399]). Auf etwas Individuelles kommt es ja bei der Schrift nicht an, ein Buchstabe bleibt Buchstabe, auch wenn er zufällig in der Wiedergabe eine etwas andere Gestalt erhält. Es kommt auf den gedanklichen Inhalt des Geschriebenen an, nicht so sehr auf die Form, in der er sich darstellt. Ganz anders beim Gemälde. Hier ist gerade die Form der Darstellung der Inhalt; es kommt darauf an, dass die Form gerade diese und keine andere ist. Deshalb ist eine Trennung des Gemäldes von der *tabula* dadurch, dass man es erst kopiert, dann von der *tabula* entfernt, begrifflich unmöglich, ganz abgesehen davon, dass die Unterlage zerstört würde. Die Anwendung der *actio in factum* ist also ausgeschlossen[400]) [401]).

§ 23.

β) Nach der sabinianischen Auffassung.

Diese Anwendung der prokuleanischen Theorie von der *pictura* aber „musste in der Praxis das Rechtsgefühl verletzen, da sie dem Eigentümer der Tafel ein *lucrum ex aliena iactura* brachte“[402]). Man war deshalb unter Nichtbeachtung der Möglichkeit, dem Maler die *actio in factum* auf das *pretium* zu geben[403]), auf den Ausweg gekommen, die Tafel für eine Akzession des Gemäldes zu erklären[404]).

Nun wäre es ganz folgerichtig gewesen[405]), wenn man

---

[399]) oben S. 34.

[400]) Sulzer S. 19; Paret S. 9.

[401]) Sokolowski, Phil. S. 179 erklärt hier eine besondere Ersatzklage in Gestalt einer „*actio in factum*“ nicht für unmöglich. Er will sie (S. 549, Anm. 412) folgern aus l. 23 § 5 D. *de r. v.* 6, 1 am Ende. Eine *intentio in factum* soll zulässig sein, da es sich um einen Komplex von Tatsachen handelt. Jedenfalls ist aber diese *actio in factum* nicht identisch mit der in l. 3 § 14 D. 10, 4 erwähnten (was Sokolowski zu meinen scheint), die nur auf das *exhibere* geht.

[402]) Sulzer S. 19.

[403]) oben S. 36 u. 50.

[404]) so in l. 9 § 2 D. 41, 1 und § 34 I. 2, 1.

[405]) so müssen die entschieden haben, die *contra senserunt* (l. 23 § 3 D. 6, 1), also die Sabinianer (vgl. oben S. 47 und Note 327).

dieselben Rechtsfolgen an den Satz *'tabula picturae cedit'* angeknüpft hätte, die man mit dem Satze *'pictura tabulae cedit'* verband, also lediglich dem das Gemälde besitzenden früheren Tafeleigentümer, von dem der Maler, der Eigentümer des Gemäldes ist, das Gemälde mit der *reivindicatio* herausverlangt, dagegen die *exceptio doli* gegeben hätte auf die Impensen, die hier durch das *pretium tabulae* dargestellt werden; für den Fall aber, dass er nicht im Besitze sei, ihm überhaupt keine Klage gegeben hätte[406]).

γ) Nach der vermittelnden Auffassung.

a') *Bei gutem Glauben des Malers.*

§ 24.

α') Die *actio utilis.*

Die Quellen sprechen den ersten Teil dieses Prinzips auch aus in l. 9 § 2 D. de a. r. d. 41, 1[407]); § 34 I. 2, 1[408]),

---

[406]) Anwendung der Regel der l. 23 § 4 D. 6, 1 auf den Satz *'tabula picturae cedit'*.

[407]) *utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, quae ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utiqui si bona fide possessor fuerit qui solverit* (Hierzu: so Krüger-Mommsen; das entstellt den Sinn. Kriegel (Leipzig 1848) hat *'cui solverit'* [*qui* und *cui* haben in den Handschriften bis ins 12. Jahrhundert das gleiche Abkürzungszeichen]. Die *lectio Haloandrina* und die Vulgathandschriften haben dem Sinne nach richtig *'qui pinxerit'*. Ich lese mit Kriegel *'cui solverit'*). *adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.*

[408]) *unde si a domino tabulae imaginem possidente is qui pinxit eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoveri: at si is qui pinxit possideat consequens est ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

Gaius Inst. II. § 78[409]), erklären sich aber mit dem zweiten Teile, der Verweigerung der Klage, nicht einverstanden; damit stellen sie die Vermittelung her zwischen den beiden von Paulus in der l. 23 § 3 D. 6, 1 referierten Ansichten.

Die Hilfe freilich, zu der sie bei der Schrift griffen, die *actio in factum propter aequitatem exhibitionis* auf Ausübung des *ius tollendi*, die man hier dem nichtbesitzenden früheren Tabulaeigentümer hätte geben müssen, *ut tabulam tollat*, versagte[410]) aus demselben Grunde, aus dem sie für den Satz *'pictura tabulae cedit'* ausgeschlossen war, nämlich weil das *ius tollendi* überhaupt nicht ausgeübt werden konnte[411]).

Man konstruierte vielmehr anders. Wäre man[412]) „nach der 'Strenge' gegangen, so hätte der frühere Eigentümer nur eine *condictio sine causa* gehabt"[413]). „Gegenstand der *condictio sine causa* ist der Wert der Nebensache nach der Verbindung. Die Verbindung ist nicht mehr als die Konsumtion und für diesen Fall geht die *condictio* auf den Wert der Sache (Tit. D. de cond. 12, 7)"[414]). Da nun die *condictio sine causa* nicht in allen Fällen möglich wäre und „den Quellen das für den Fall des Bemalens zu hart erscheinen mochte, so griff man zu einem wirksameren Schutzmittel"[415]) und stellte[416]) der *directa* (auch *'recta'* genannten) *reivindicatio*

---

[409]) *certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat; quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subripueris tabulam sive alius, competit mihi furti actio.*

[410]) abgesehen davon, dass sie einen praktisch verwertbaren Erfolg nicht gehabt hätte.

[411]) s. oben S. 56.

[412]) Ihering S. 138.

[413]) Vgl. die bei Ihering S. 138, Note 23 zitierten Quellenstellen.

[414]) Sell S. 97.

[415]) Vgl. Ihering S. 138—139.

[416]) „der Neigung zur dinglichen Regelung nachgebend" Johow S. 819; vgl. hierzu aber die Ausführungen Iherings (S. 167 ff.) über den obligatorischen Charakter der *reivindicatio utilis* (s. unten S. 62).

des Malers gegen den früheren Tafeleigentümer[417]) eine *utilis actio*, wie sie übereinstimmend in den drei Quellenstellen genannt wird, des gewesenen Tafeleigentümers gegen den Maler gegenüber[418]); als Grund geben die Quellen *'consequens est'* und *'conveniens est'*, halten also die Gewährung dieser *utilis actio* für eine Forderung der Rechtslogik oder zum mindesten der Angemessenheit, Billigkeit.

Diese *utilis actio* ist ein Zugeständnis an die alte prokuleanische Auffassung *(pictura tabulae cedit)* und beweist, dass man, wenn man auch, um dem *'ridiculum'* zu entgehen, und *'propter pretium picturae'* die Akzessionsqualität umgedreht hatte, doch noch die alte starre Forderung *'quod in tabula mea pingitur meum fit'* respektierte; daher das *'consequens est'*[419]).

Die Natur dieser *‚utilis actio'* und ihr Verhältnis zu der *directa vindicatio* des Malers hat den Juristen mannigfache Schwierigkeiten gemacht[420]), und einer Klarlegung dieser Beziehungen sollen die folgenden Ausführungen gewidmet sein.

Diese *utilis actio* charakterisiert sich zunächst als *utilis reivindicatio*, denn „zunächst ist die Klage gerichtet auf Herausgabe der Tafel[421]), was wegen des exzeptionsweise geltend zu machenden Anspruchs auf Bezahlung der Malerei nicht zu bezweifeln ist“[422]), dann kommt wesentlich in Betracht, dass „dieser *'utilis actio'* die *'recta vindicatio'* des Malers gegenübergestellt wird“[423]) und drittens besitzen wir das Zeugnis des Theophilus dafür[424])[425]).

---

[417]) Nur diese Bedeutung kann *'dominus tabularum'* haben. Gaius vermeidet den Ausdruck in Inst. II § 78 überhaupt.

[418]) Vgl. Cujacius V, S. 289; VII, S. 286.

[419]) Vgl. auch Witte S. 307; Ihering S. 139.

[420]) Weiske S. 32.

[421]) Diese Herausgabe ist nach Ihering S. 160 zwar nur *in condemnatione*, aber sie ist doch vorhanden. Vgl. auch Sell S. 95—96 und unten S. 61—62.

[422]) Witte S. 307; vgl. auch Lauterbach § 107.

[423]) Witte S. 307; vgl. auch Ihering S. 139.

[424]) nach Sulzer S. 21.

[425]) An anderen Stellen wird zur Erreichung desselben Zweckes eine *actio in factum* gegeben (l. 23 § 5 D. 6, 1); vgl. Windscheid-Kipp S. 870,

Mit dieser *utilis reivindicatio* vollzieht sich nun die Regelung in folgender Weise[426]): der nicht besitzende frühere Tafeleigentümer klagt gegen den besitzenden Maler; dieser macht mittels der *exceptio doli* seinen Anspruch auf die Impensen der *pictura* geltend. Diese bestehen nun lediglich in dem, was tatsächlich auf die Leinewand verwendet worden ist, nicht etwa im *pretium*, im Kunstwert des Gemäldes[427]).

Es ergibt sich hieraus, dass die *actio utilis* erst in zweiter Linie kommt. „Das Recht, das Ganze zu behalten, dieses Recht hat denn doch der Maler, falls er nur den Wert der Leinewand ersetzt"[428]), und zwar durch die *directa reivindicatio*[429]) „Erst, wenn er das nicht will oder kann, vermag das Darreichen des Gemäldewertes dem Herrn der Leinewand das Ganze zu verschaffen"[428]). Damit wird dann allerdings gesagt, „dass die *reivindicatio utilis* nur dazu dienen soll, dem Eigentümer wenigstens den vollen Wert der Tafel zu verschaffen"[430]), dass sie „lediglich Form der Geltendmachung des Ersatzanspruchs ist"[431])[432])[433]).

Da nun bei der *reivindicatio utilis* so „der Zwang auf die Eigentumsübertragung nur eventuell ist, die Eigentums-

---

Anm. 4. Ueber die *actiones in factum* vgl. von Pokrowsky (besonders S. 69ff.); über ihr Verhältnis zur *reivindicatio utilis* Fitting S. 352; s. oben S. 36, Note 248.

[426]) Dazu Pagenstecher S. 142.

[427]) Vgl. oben S. 36/37.

[428]) Pagenstecher S. 154.

[429]) Vgl. auch die Glosse zu l. 9 § 2 D. 41,1: *'unde si dominus tabulae vindicet a pictore possidente . . . poterit pictor possidens eum repellere offerendo ei pretium tabulae etiam si vellet ille ei offere pretium picturae'.* So auch Arndts S. 274.

[430]) Arndts S. 274.

[431]) Windscheid S. 577.

[432]) Nach Ihering S. 141 soll die Entscheidung Justinians in § 34 l. 2, 1 sogar „lediglich auf diesen Vorrang des Abfindungsrechts des Malers" sich beziehen können.

[433]) So werden schliesslich „die Vorzüge, die die materiellrechtlichen Erwägungen dem Maler einräumten, in der Praxis fast beseitigt. Jenes ihm zustehende prinzipielle Uebergewicht besteht schliesslich nur darin, dass seine Klage *actio directa* heisst." Vgl. Sokolowski, Phil. S. 181.

übertragung zwar in *actione* oder *condemnatione,* eine andere Leistung aber in *solutione* ist, so kommt der *utilis reivindicatio* nur die Natur einer *actio hypothecaria* zu, eines gesetzlichen Pfandrechts, das nur die Gestalt der *reivindicatio* hat"[434]). Die *reivindicatio utilis* ist also, „da sie nicht auf die Eigentumsübertragung, sondern auf eine Leistung geht, von obligatorischer Tendenz[435]), und der Umstand, dass die *reivindicatio utilis* hier nicht in Begleitung einer persönlichen Klage auftritt[436]), erklärt sich dadurch, dass die Juristen bei dem Vorschlage der *reivindicatio utilis* durch die Idee einer Obligation geleitet waren, und ihnen die *reivindicatio utilis* lediglich die prozessuale Form war"[437]). Wie zweckentsprechend diese Regelung mit der *reivindicatio utilis* gerade in dieser Anwendung war, dafür vergleiche man die Ausführungen des Donellus[438]), der darauf hinweist, dass so einer Tafel und Gemälde erhält, der andere den Geldwert seiner Sache[439]). Auf den ungemein komplizierten Versuch des Donellus, die Widersprüche zwischen l. 23 § 3 D. 6, 1 und den übrigen Quellenstellen zu beseitigen, kann nicht eingegangen werden.

Es hat im Verhältnis zueinander also jeder gegen den anderen eine Klage unter der Bedingung, dass jeder dem, der gerade besitzt, *aestimationem rei* anbietet[440]).

§ 25.

β') Das prozessuale Verfahren.

Fitting[441]) macht sich von dem prozessualen Verfahren folgendes Bild, dem ich mich anschliessen möchte:

---

[434]) Ihering S. 160; ebenso Sell S. 95—96.
[435]) Vgl. Sulzer S. 169.
[436]) Ihering S. 167.
[437]) Ihering S. 171.
[438]) S. 897 ff.
[439]) Vgl. auch Johow S. 819.
[440]) Vgl. Donellus S. 900, cap. X.
[441]) S. 351.

1. für den Fall, dass der frühere Tafeleigentümer gegen den Maler klagt und

   a) feststeht, dass der Kläger wirklich Eigentümer der Tafel gewesen war.

Der Maler erbietet sich vor dem Prätor zur Bezahlung des Wertes der Tafel. Dann hat die Sache ihre Erledigung gefunden. Vor allem war es nicht möglich, eine Formel zu geben, die dann den Maler zur Herausgabe des Gemäldes hätte zwingen können, denn der Maler konnte ja schon, wenn er nur den Wert der Tafel ersetzen wollte, vom gewesenen Eigentümer der Tafel das Gemälde mit der *reivindicatio directa* fordern.

   b) Bestreitet der Maler, dass dem Kläger das Eigentum an der Tafel zugestanden habe, so wird, um diesen Streit zu schlichten, eine *actio in factum* gegeben.

2. Der Maler konnte nun aber auch erklären, er ziehe es vor, gegen Erstattung des Wertes der Malerei[442]) das Gemälde dem Kläger zu überlassen.
   a) Steht dessen früheres Eigentum fest, so bewendet es sich dabei;
   b) wird es bestritten, so wird die gewöhnliche Formel der *reivindicatio,* mittels *fictio*[443]) anwendbar gemacht, gegeben"[444]).

Nach Rudorff[445]) lautete diese Formel dann etwa: *„si in ea tabula q. d. a. N.s N.s non pinxisset, tum si eam tabulam ex i. Q. A.i A.i esse oporteret neque eam tabulam N.s N.s A.o A.o arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N.m N.m A.o A.o condemna s. n. p. a."*[446]).

---

[442]) Aber nur der *'impensae picturae'*, nicht des *'pretium picturae'* s. oben S. 36 und 61.

[443]) Darüber, dass diese *actio ficticia* eine *actio in factum* ist, vgl. v. Pokrowsky S. 73 ff.

[444]) Vgl. dazu auch Sulzer S. 21.

[445]) II, S. 105.

[446]) Vgl. dazu Keller S. 310, Anm. 8.

Im Ergebnis kommt übrigens diese Konstruktion der Iherings gleich.

Eine eigentümliche Ansicht findet sich bei Donellus[447]), der nach dem Satze *in pari causa potior esse debet causa possidentis*[448]) alles darauf abstellt, wer im Besitze ist, der dem Maler ein Vorzugsrecht also nur dann zuerkennt, wenn er das Gemälde im Besitze hat, dem besitzenden früheren Tafeleigentümer aber durch Erstattung der *'impensae picturae'* an den Maler das Eigentum am Gemälde ohne Wahlrecht des Malers lässt. Die Römer haben ja doch aber durch ihre Konstruktion gezeigt, dass die *causa* nicht *par* sein soll, vielmehr wollten sie die Lage des Malers zur besseren machen.

§ 26.

b') *Bei bösem Glauben des Malers und beim furtum.*

War nun der Maler beim Malen im bösen Glauben gewesen, d. h. hatte er sich sagen müssen, dass er ein Unrecht tue[449]), so stand ihm zunächt bei der Behandlung der *pictura* nach der prokuleanischen Ansicht, wo er gutgläubig die *exceptio doli* hatte, diese nicht zu. Nach der anderen, sabinianischen Theorie, wo er als Eigentümer die *reivindicatio* anstellte, vernichtete die *exceptio doli generalis* des Beklagten das Recht des Klägers, da „die Klage ihren Grund hatte in der malhonetten Gesinnung des Klägers, der sein formelles Recht missbraucht, um unlautere Vorteile zu gewinnen“[450]).

Dasselbe muss für die vermittelnde Theorie bei der *reivindicatio* des Malers gegen den früheren Tafeleigentümer gelten. Und bei der *reivindicatio utilis* des früheren Tafeleigentümers wird für den bösgläubigen Maler die *exceptio doli* für seine *impensae picturae* wegfallen. Man wird ihm aber auch das Wahlrecht versagen müssen; denn dann wäre es unbillig, wenn der Maler das Recht hätte, das Gemälde zu

---

[447]) S. 900, cap. X.

[448]) l. 128 pr. D. *de r. i.* 50, 17.

[449]) vgl. oben S. 33, Note 224.

[450]) Dernburg, Pand. I, 1 S. 320.

behalten[451]). Dieses Rechtes ist er durch seine *mala fides* verlustig gegangen. Dann erhält er also gar nichts[452]), denn seine *exceptio doli* gegen die *reivindicatio utilis* wegen der Impensen fällt ja weg, und es kommt so, wie die Glosse[453]) sagt: *si autem mala [fide], laborem donasse videtur.* Ja, er darf nicht einmal *picturam corradere*[454]), denn, ohne Schaden anzurichten, kann er nichts wegnehmen[455]).

Wenn der Maler jedoch, bevor er malte, nicht nur wusste, dass die *tabula aliena* sei[456]), sondern wenn er *'tabulam invito donimo contractat'*[457]), wenn er also ein *furtum* begangen hatte, „so finden alle Rechtsmittel gegen ihn statt, die gegen einen *fur* gehen"[458]). Dabei macht es keinen Unterschied, ob er selbst oder ein anderer *'tabulas surripuit'*[459]).

Man könnte vielleicht einwenden, dass doch das Eigentum an der Nebensache verloren gegangen sei, dass also damit die Diebstahlsklagen fortfielen, aber „diese Zuständigkeit der Diebstahlsklagen ist durch den juristischen Untergang des Eigentums nicht beseitigt"[460]).

Zuständig sind also die *actio furti* und die *condictio furtiva*[461]).

§ 27.

δ) Das Verhältnis von Tafeleigentümer und Maler gegenüber einem Drittbesitzer.

Zu beantworten ist noch die Frage, wie es gehandhabt werden soll, wenn ein Dritter das Gemälde besitzt; ob dann

---

451) s. oben S. 61, Note 428.

452) Vgl. Donellus S. 902, Vorbem. zu cap. XXXVI und Abschn. XI.

453) zu l. 9 § 1 D. 41, 1.

454) Vgl. Donellus S. 902, Abschn. XI, Anm. 1.

455) l. 38 D. *de r. v.* 6, 1.

456) Donellus S. 902, Abschn. XI.

457) § 6 I. *de obl. quae ex delicto* 4, 1.

458) Weiske S. 32.

459) § 34 I. 2, 1 am Ende; Gaius II § 78 am Ende. S. oben S. 58 u. 59, Note 408 und 409.

460) Pagenstecher S. 139; Sokolowski, Spez. S. 263; Sokolowski, Phil. S. 180.

461) Vgl. dazu Sulzer S. 45, Anm. 25.

dem früheren Tafeleigentümer gegen diesen Dritten überhaupt eine Klage zustehe, und wenn, wie zu entscheiden ist, wenn beide klagen. Sicher ist, dass der Maler, dem schon gegen den besitzenden früheren Tafeleigentümer die *reivindicatio* zusteht, sie umsomehr gegen jeden dritten Besitzer hat. Bestritten ist es für die *reivindicatio utilis* des Tafeleigentümers; Arndts[462]) erkennt sie ihm zu[463]). Ihering[464]) spricht sie ihm ab, „da Gaius sie sonst erwähnt hätte". Die Entscheidung möge dahingestellt bleiben; der Streit ist auch unfruchtbar, denn in beiden Fällen ist die Endlösung gleich befriedigend.

Der Maler hat das Hauptinteresse an seinem Bilde, er verlangt es vom Dritten mit der *reivindicatio*. Wenn nun der Tafeleigentümer die *reivindicatio utilis* angestellt hat (angenommen, er habe sie) gegen den Dritten und obgesiegt hat, „dann kann ja der Maler von ihm vindizieren, und dessen *reivindicatio* steht des früheren Tafeleigentümers *exceptio doli* auf den Wert seiner Tafel ja entgegen"[465]). Es erhält also keiner mehr als ihm zukommt.

Wenn nun beide, Maler und Tafeleigentümer, zu gleicher Zeit klagen, wer muss dann vorgezogen werden[466])? „Allgemein meinte man, der Maler, denn er habe die *directa*, der Tafeleigentümer nur die *utilis reivindicatio*[467]). Das ist nicht richtig; beide Klagen haben vielmehr gleiche Kraft. Also müssen beide *ad agendum* zugelassen werden und dann ist *condicio occupantis melior*"[468]). Das ist[469]) der, *'qui prior ad sententiam pervenit'*. „Wenn nun beide zur selben Zeit *ad sententiam perveniunt*, so gibt die *actio directa* des Malers jetzt den Vorzug, dass ihm der *iudex* das Gemälde

---

[462]) S. 274.

[463]) So auch Donellus S. 902, XII.

[464]) S. 163 u. 165 „im Bewusstsein, eine völlig neue Meinung auszusprechen" (s. Johow S. 819).

[465]) Vgl. Arndts S. 274.

[466]) Vgl. dazu Donellus S. 902, XII.

[467]) so Accursius in der Glosse zu l. 9 § 2 D. 41, 1.

[468]) l. 3 D. 14, 5.

[469]) l. 14 pr. D. 9, 4.

zuspricht unter der Bedingung, dass er dem früheren Tafeleigentümer den Preis der Tafel zahlt. Weigert er sich, so muss der *iudex* dem *dominus tabulae* das Gemälde zusprechen und ihm die Erstattung der *impensae picturae* auflegen. Will keiner dem anderen leisten, dann *'mutuo concursu se impediunt ipsi in eandem rem concurrentes, quam simul obtinere non possunt'* "[470]).

Von praktischer Bedeutung ist auch diese Frage weiter nicht, denn sollte der frühere Tafeleigentümer das Gemälde wirklich mit seiner *utilis reivindicatio* von dem Dritten erlangt haben, so steht ja dem Maler immer noch gegen ihn die *reivindicatio* zu; sein Gemälde erhält der Maler also, wenn ihm daran liegt, in jedem Falle. Auch darum, dem früheren Tafeleigentümer den Wert der Tafel ersetzen zu müssen, kommt der Maler nicht herum, denn die *utilis reivindicatio*, die diesen Zweck ja hat, steht dem früheren Tafeleigentümer gegen den Maler ebenso jederzeit zu.

---

§ 28.

C. Die Entwickelung vom Gemeinen Recht bis an das B.G.B.

Nur kurz soll noch betrachtet werden, welche Entwickelung die Theorien vom Schreiben und Malen in den grossen Kodifikationen des Preussischen Allgemeinen Landrechts (A.L.R.), das *code civil* (c. c.) und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (sächs. B.G.B.) gefunden haben, da die Grundsätze des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (B.G.B.) auf dieser Entwickelung fussen[471]). Für alle modernen Kodifikationen handelt es sich aber nicht nur um das Schreiben und Malen, wie in Rom, wo das die einzigen Fälle der Bearbeitung einer Oberfläche waren, sondern um jede Bearbeitung der Ober-

---

[470]) l. 34 pr. D. *de usufructu* 7, 1.

[471]) Einzelheiten sind in die Darstellung des heutigen Bürgerlichen Rechts verwiesen.

fläche durch andere im Laufe der Zeit erfundene Techniken, neben dem Schreiben und Malen also um Gravieren, Ziselieren, Drucken u. a. m.

Oben[472]) ist bereits erwähnt, dass schon die Praxis des Gemeinen Rechts geneigt ist, für moderne, der *scriptura* und *pictura* ähnliche Gebilde den Gesichtspunkt der Spezifikation geltend zu machen, und deren Sätze analog anwendete, während sie bei der *scriptura* und *pictura* sich an die gegebenen Bestimmungen des Gesetzes halten musste[473]).

Nach den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts[474]) steht nichts im Wege, das Schreiben und Malen, als Fälle blosser Bearbeitung, unter den Gesichtspunkt der Verarbeitung zu stellen[475]), so „dass dieselben ihre bisherige Form verlieren oder eine neue Gestalt angenommen haben“[476]). Die andere Meinung, dass „die Fälle blosser Bearbeitung der Oberfläche ausgeschlossen bleiben, also nach dem Gesichtspunkt der Verbindung beurteilt werden müssen“, vertritt Johow[477]). „Man könne das Bedrucken, Bemalen nicht als eine Art der Verarbeitung ansehen.“ Der hier vertretene Standpunkt ist indes zu eng. Gewiss bildet dann, wenn das Produkt eine 'neue Gestalt' annimmt, auch die blosse Oberflächenbearbeitung einen Fall des Verarbeitens im Sinne des A.L.R. I, 9 § 304.

Der *code civil* behandelt die Verarbeitung (*'former une chose de nouvelle espèce'*) in den Artikeln 570 und 571, fordert in Art. 571 jedoch, *'que la main-d'oeuvre surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée'*; auch hier „lässt die Ausdrucksweise freien Spielraum, die Bearbeitung der Oberfläche als Fälle der Verarbeitung zu beurteilen“[478]), wenn sie dem Erfordernisse des a. 571 entsprechen.

---

[472]) § 21, S. 55—56.

[473]) oben S. 33 und 50.

[474]) I, 9 § 304 ff.

[475]) Schultz S. 40; Rosenthal S. 27; dazu die Entscheidungen des Reichsgerichts bei Gruchot Band 38, S. 955.

[476]) Vgl. Dernburg, Pr. Privatr. S. 565; Dernburg, Sachenr. S. 299.

[477]) S. 817.

[478]) S. 818.

Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch glaubte, die Stellung der Oberflächenbearbeitung anders behandeln und sie vom Begriffe der Verarbeitung ausscheiden zu müssen[479]). Nun hätte man sie nach dem Gesichtspunkt der Verbindung beurteilen müssen, denn das sächs. B.G.B. fordert für die Spezifikation 'Umarbeitung oder Umbildung'[480]) und schliesst damit allerdings die Oberflächenbearbeitung aus. Die Beurteilung „nach den Sätzen der Verbindung aber führt zu grossen Härten"[481]); und so griff man zu einem Ausnahmerecht[482]) für „Schreiben, Zeichnen, Drucken, Malen oder sonstiges Bringen von Schriften oder Bildern"[483]) und liess den, der die Sache in dieser Weise für sich verwendete, das Eigentum an ihr erwerben. Damit schuf man allerdings „eine unerklärliche Ausnahme"[484]) vom Gesichtspunkt der Eigentumsveränderung durch Verbindung[485]), den man dabei im Auge hatte, besonders, wenn man[486]) z. B. die Gravierung einer Metallplatte unterstellt, denn dann mangelt die Voraussetzung verbundener Sachen ganz.

Der Ausgleich vollzieht sich im A.L.R. nach I, 9 §§ 305 und 306, im c. c. nach a. 571, Satz 2, im sächs. B.G.B. nach § 252, Satz 2; Grundsatz ist, dass der, welcher das Eigentum erworben hat, dem anderen Ersatz zu leisten hat, soweit seine Bereicherung geht.

---

[479]) Vgl. dazu Siebenhaar S. 241.
[480]) § 246 sächs. B.G.B.
[481]) Johow S. 817.
[482]) Johow S. 817; Siebenhaar, Komm. zu § 252.
[483]) § 252 sächs. B.G.B.
[484]) Johow S. 817.
[485]) § 251 sächs. B.G.B.
[486]) Siebenhaar, Komm. zu § 252.

D. Im Bürgerlichen Rechte.

1. Die rechtliche Beurteilung.

§ 29.

a) Bearbeitung und Verarbeitung.

Die Entwicklung der Behandlung der Oberflächenbearbeitung[487]) hat das B.G.B. aufgenommen und fortgeführt[488]). Es „verfolgt aber den praktischen Zweck, den das sächsische B.G.B. durch die Ausnahmebestimmung des § 252 zu erreichen suchte, auf einem anderen Wege“[489]), der zu einem viel sicheren Endziel führt. Im Anschluss an die einen weiten Spielraum lassenden Ausführungen des *code civil* und des Allgemeinen Landrechts[490]) erweitert es den Begriff der 'neuen Sache'[491]) bei der Spezifikation und „stellt neben die allgemeinen Bestimmungen über Verarbeitung eine Bestimmung, wonach unter Umständen die Herstellung einer neuen in das Eigentum des Herstellers fallenden Sache auch dann anzunehmen ist, wenn nur eine auf die Oberfläche sich beschränkende Verarbeitung stattgefunden hat. Es kommt dabei nicht auf den gänzlichen Verlust der früheren Gestalt, sondern nur darauf an, dass die Sache durch die Arbeit nicht nur verbessert, sondern zu einem wesentlich verschiedenen Verkehrsgegenstand geworden ist“[492]).

Das B.G.B. hat diesen Weg gewählt in der richtigen Erkenntnis der ökonomischen Bedeutung der Oberflächenbearbeitung. Der § 950 B.G.B., der sowohl die 'Spezifikation' als die Oberflächenbearbeitung umfasst, lautet:

---

[487]) Zweckmässig werden alle die im § 950 B.G.B. aufgezählten Oberflächenbearbeitungen in den folgenden Ausführungen dem Schreiben und Malen gleichgestellt.

[488]) Vgl. Johow S. 817.

[489]) Johow S. 817.

[490]) oben § 28, S. 67—69.

[491]) Vgl. Motive III, S. 361. Ueber die Wichtigkeit der Materialien als Auslegungsmittel vgl. Windscheid-Kipp S. 85.

[492]) Johow S. 817—818; vgl. Strauss S. 27.

„Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche[493]).

Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte."

Man hat nun zunächst zu betrachten, in welchem Verhältnis die beiden Tatbestände zueinander stehen. § 950 I, Satz 1 nennt die 'Verarbeitung oder Umbildung'[494]) und übersetzt damit den von den Neueren aus dem quellenmässigen *speciem facere ex aliena materia*[495]) gebildeten Ausdruck 'Spezifikation'[496]). Hierfür waren die mannigfachsten Uebersetzungen vorhanden: Erarbeitung[497]), Umarbeitung[498]), Umbildung[498]), Bearbeitung[499]) [500]). Das B.G.B. hat für den Begriff, der gemeinrechtlich mit 'Spezifikation' bezeichnet wurde, den Ausdruck 'Verarbeitung oder Umbildung' deshalb gewählt, um für den zweiten Fall, wo es sich lediglich um

---

[493]) Die Frage der Originalität, auf die Sokolowski (Phil. S. 229ff.) besonders für das Schreiben grosses Gewicht legt, hat das B.G.B. mit Recht nicht berücksichtigt. Es würde nur den Weg zu neuen Streitigkeiten weisen.

[494]) 'Umbildung' soll nach Jürgensen (S. 30) der 'Verarbeitung' gegenüber ein geringeres Mass der Tätigkeit bedeuten; ich halte beide Tätigkeiten für gleichwertig, nur die Art der Betrachtung ist anders. Das Gesetz will eben alle Fälle des *novam speciem facere* treffen und sagt deshalb beide Ausdrücke; unter einen von beiden wird die Tätigkeit des *novam speciem facere* jedenfalls zu bringen sein.

[495]) Vgl. l. 7 § 7 D. 41, 1.

[496]) Vgl. Windscheid S. 566.

[497]) Pagenstecher S. 113.

[498]) sächs. B.G.B. § 246.

[499]) Enneccerus-Lehmann S. 181.

[500]) Dazu Jürgensen S. 29.

die Einwirkung auf eine Oberfläche handelt, den Ausdruck 'Bearbeitung' verwenden zu können[501]).

Nun wären zwei Möglichkeiten der Betrachtung gegeben: 1. das B.G.B. hat einen Oberbegriff (vielleicht 'Neugestaltung'), unter den es die beiden im übrigen gleichwertigen Fälle der 'Verarbeitung' und 'Bearbeitung' bringt [502]), oder 2. es kennt nur das 'Herstellen einer neuen Sache durch Verarbeitung oder Umbildung' und fingiert diesen Tatbestand bei der blossen Bearbeitung einer Oberfläche.

Wichtig ist die Unterscheidung für den Begriff der 'neuen Sache' bei der Bearbeitung. Liesse man die erste Deutung zu, so könnte ein Eigentumserwerb durch 'Bearbeitung' nur dann eintreten, wenn das Produkt eine 'neue Sache' ist. Denn dann würde man das Gesetz in folgender Form anzuwenden haben: Wer durch Schreiben, . . . oder eine ähnliche[503]) Bearbeitung der Oberfläche eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache . . . . . Läge dagegen in der Oberflächenbearbeitung nur eine fingierte Verarbeitung, dann würde sich eben die Verarbeitung von der Bearbeitung dadurch unterscheiden, dass in der Bearbeitung nicht (wenigstens nicht notwendig) die Herstellung einer neuen Sache läge[504]); die Neuheit

---

[501]) Es handelt sich hier nur um den Fall, dass jemand eine fremde Unterlage bearbeitet durch Malen, Schreiben usw. Wenn er auf seiner Unterlage mit fremden Farben malt, so liegt reine Verarbeitung, wenn er mit fremder Farbe auf fremder Unterlage malt, eine Kombination von Bearbeitung und Verarbeitung vor, die nach beiden Richtungen zu untersuchen ist. Es ist das nicht ein Verarbeiten von zum Teil eigenem, zum Teil fremdem Stoffe (so Biermann zu § 950, 1, c).

[502]) So Matthiass S. 69; vgl. auch Jürgensen S. 18.

[503]) Von ähnlichen Fällen der Bearbeitung — die moderne Technik kennt deren viele, die Römer hatten nur Schreiben, Malen und Färben — sind zu nennen: das Schnitzen, Punzen, Brennen, Sticken, Stechen, Färben, Vergolden, Photographieren, Lithographieren, Daguerrotypieren (vgl. Jürgensen S. 33).

[504]) So gab der Entw. I § 894 die gesetzliche Fiktion: 'als Herstellen einer neuen Sache im Sinne des § 893 ist es anzusehen, wenn durch die auf die Oberfläche sich beschränkende Bearbeitung die Sache nicht bloss

müsste man dann aber, um die Rechtsfolgen des § 950 an die Bearbeitung anknüpfen zu können, wiederum fingieren[505]). Mir erscheint es logisch richtiger, die Bearbeitung, die übrigens immer menschliche Tätigkeit voraussetzt[506]), als Unterart der 'Neugestaltung' der Verarbeitung gleichzustellen[507]), vor allem auch hier zu fordern, dass eine 'neue Sache' hergestellt wird[508]). Es ist das auch die richtige Folgerung aus der Beurteilung, die die Oberflächenbearbeitung im A.L.R. und c. c. gefunden hat. War es dort schon bei blosser Bearbeitung der Oberfläche möglich, bei einem nicht zu engen Begrenzen des Begriffs der neuen Sache, sie unter die gesetzlichen Bestimmungen über die Verarbeitung zu bringen, wieviel mehr muss es hier zulässig sein, wo man überhaupt das Arbeitsprinzip stark betonte[509]).

Fischer[510]) meint allerdings, „dass gar nichts darauf ankomme, ob man die gesetzliche Statuierung der Neuheit für begrifflich richtig oder für fiktiv hält, da sie einmal verordnet sei“[511]). Das käme dann darauf hinaus, dass man bei jeder Oberflächenbearbeitung das Entstehen einer neuen Sache fingieren muss, während das Richtige ist, wie bei der Verarbeitung es auch hier darauf ankommen zu lassen, ob eine neue Sache entstanden ist. Der § 894 hat ja dann auch die entsprechende Umgestaltung erfahren[512]).

---

verziert, sondern ihr ein Wert verschafft wird, hinter welchen der Wert des Stoffes zurücktritt (vgl. dazu Dernburg, Sachenr. S. 300; Jürgensen S. 19).

[505]) So Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 950; Rosenthal S. 31.

[506]) Vgl. auch Jürgensen S. 26, der das schon aus dem Worte 'Bearbeitung' gefolgert wissen will.

[507]) Alle weiter unten besprochenen Fälle der Verarbeitung gelten also, wenn sie nicht ausdrücklich denen der Oberflächenbearbeitung gegenübergestellt sind, als diese mit umfassend.

[508]) So auch Jürgensen S. 18; Staudinger zu § 950, 2; Biermann zu § 950, 1, b; auch Johow S. 818.

[509]) Sokolowski, Spez. S. 300.

[510]) S. 7.

[511]) Im Entw. I § 894.

[512]) Sokolowski erklärt sich mit der Fassung des § 950 B.G.B. nicht einverstanden. Er macht (Phil. S. 203—204) dafür den Vorschlag, dem Eigentümer des Stoffes die Wahl zu lassen, ob er die umgebildete oder be-

§ 30.

β) Das Entstehen einer neuen Sache.

Sofort aber tritt die Frage auf: Wann ist eine Oberflächenbearbeitung derartig, dass durch sie eine neue[513]) Sache entsteht? Besonders schwierig wird die Beantwortung deshalb, weil zwar „bei der Bearbeitung die bisherige Erscheinungsform bestehen bleibt“[514]) und trotzdem eine neue Sache entstehen kann.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir keine Antwort auf diese Frage. Die Motive zum Entwurf[515]) überlassen es „dem Richter, den Begriff der neuen Sache festzustellen, welcher dabei den Anschauungen des Verkehrs zu folgen hat“[516]). Gewiss mag es für das Gesetzbuch schwierig sein, hier eine befriedigende Lösung zu finden[517]), aber mit einem Abstellen

---

arbeitete Sache als Eigentum übernehmen oder dem Bearbeiter den Stoff überlassen will. „Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren sind hier einfach zu streichen.“ Er will (S. 232) an Stelle dessen den Satz setzen: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe vermittelst Bildhauerei, Zeichnen, Malen oder Gravieren ein Werk der bildenden Kunst herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache. Die gleiche rechtliche Wirkung hat die Abfassung eines originalen Schriftwerks auf fremdem Material.“ *de lege ferenda* mögen diese Vorschläge Sokolowskis der Beachtung wert sein, *de lege lata* können wir uns natürlich nur an die Vorschriften des B.G.B. halten.

513) Ueber die mehrfache Bedeutung des Wortes 'neu' vgl. Jürgensen S. 12ff.

514) Strauss S. 23.

515) III, S. 361.

516) Die Verkehrsauffassung löste schon im gemeinen Rechte die alte Naturphilosophie ab, als deren Merkmale hinfällig wurden (Schulz S. 12, 15ff., 48). Ueber das Verhältnis der Verkehrsauffassung zur Jurisprudenz zur Frage von der 'neuen Sache' s. oben S. 24.

517) so dass Sokolowski (Spez. S. 307; Phil. S. 200) sich veranlasst sieht, den Begriff der neuen Sache *de lege ferenda* überhaupt auszuschliessen und lieber in der Spezifikation zu sehen „jede Veränderung einer Sache, die ihren ferneren Besitz dem bisherigen Eigentümer nicht mehr wünschenswert erscheinen lässt“. Damit wäre diese Schwierigkeit allerdings vermieden; die Schwierigkeit liegt jetzt aber darin, dass ausschliesslich das subjektive Empfinden ausschlaggebend sein soll.

auf die 'Verkehrsanschauung' wird jede objektive Lösung unmöglich[518]). Es soll nicht verkannt werden, dass da, wo von vornherein alles auf subjektive Beurteilung ankommt, das Gesetz den glücklichsten Schritt tut, wenn es[519]) auf den 'Verkehr' Rücksicht nimmt[520]). Wo es aber objektive Beurteilungspunkte geben könnte, darf es auf die fast ausschliesslich subjektiven Urteile des Verkehrs nicht Beziehung nehmen, wenn ihm nicht mit Recht der Vorwurf gemacht werden soll, dass es nur den Weg zu neuen Streitigkeiten weist. Schliesslich ist es ja auch unlogisch, durch Nichtaufstellen von objektiven Beurteilungspunkten in einem Gesetze (natürlich nur, wenn es auf sie gerade ankommt) die Beantwortung der Frage dem Verkehr vorzubehalten, denn damit „wird die Rechtsanwendung gar nicht instand gesetzt, mit notwendiger Sicherheit Antwort zu geben“[521]); nur dann darf sie auf andere Wissenschaften verweisen.

Für die Römischen Juristen hatte das Fehlen von objektiven Anhaltspunkten im Gesetze keine einschneidende Bedeutung, denn sie nahmen zur Grundlage ihrer Entscheidung die Regeln der aristotelischen und stoischen Lehre von der Materie[522]), verwiesen darauf, „und besassen damit ein festes Kriterium“[523]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun aber keine objektive Begriffsbestimmung der 'neuen Sache' und wir müssen sehen, wie wir mit der 'Verkehrsauffassung' auskommen.

Endemann[524]) meint, es „läge dann eine neue Sache vor, wenn den Stoffen eine Form gegeben wird, in der sie als andere, mit jenen nicht identische Verkehrsgüter erscheinen“.

---

[518]) Vgl. auch Schultz S. 48.

[519]) so B.G.B. §§ 157 und 242 'Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte'.

[520]) Vgl. dazu auch oben S. 23—25.

[521]) Fischer S. 4; dazu oben S. 25.

[522]) Vgl. oben § 6 und § 17.

[523]) Schultz S. 48.

[524]) S. 331.

Darauf wird die Verkehrsauffassung allerdings das Hauptgegewicht legen[525]).

Wenn ich nun auf Leinewand oder Holz nach gewissen Ideen Farben anbringe, so dass das Entstandene ein 'Gemälde' darstellt, wenn ich auf Papier schreibe, so dass ein 'Schriftwerk', 'Buch' usw. entsteht, so habe ich sicherlich eine neue Sache, ein mit dem Stoffe nicht identisches Verkehrsgut, geschaffen, wie ja schon der neue Name sagt. Gewiss ist die Namensänderung allein nicht massgebend[526]), um daraus den Begriff der neuen Sache abzuleiten, aber man hat darin immerhin einen wesentlichen Anhaltspunkt[527]).

Sobald aber die einfachsten Fälle verlassen werden, stellen sich die Schwierigkeiten ein; leitend können für die folgenden Betrachtungen sein Hoffmanns[528]) Ausführungen, dass dann, „wenn nach der Bearbeitung der nun ermöglichte Gebrauch sich in den alten Bahnen bewegt, nur eine Verbesserung stattgefunden hat, wenn er vom alten verschieden ist, eine schöpferische Tat und neue Sache mit ihr eigentümlicher Eigenschaft (Eigenheit) vorliegt".

Benutzen wir das Beispiel Rosenthals[529]) von der bemalten Vase: eine Vase von geringem Werte wird mit einer Malerei von hohem Kunstwerte geschmückt. Ist das Entstandene nun eine neue Sache oder nicht? Zweifellos bleibt es eine Vase und es fragt sich nur, ob die 'bemalte Vase' in dieser neuen Erscheinung als neue Sache gegenüber ihrer ursprünglichen Erscheinung als 'gewöhnliche Vase' zu gelten hat. Ich möchte die Frage bejahen, aus folgenden Gründen: Kaufe ich eine derart mit einem Gemälde geschmückte Vase, so wird es mir weniger darauf ankommen, ob die Unterlage gerade die Form einer Vase hat; das Wesentliche wird für mich das Gemälde

---

[525]) Vgl. auch Enneccerus-Lehmann S. 181; Eccius S. 227—228.

[526]) A. M. Jürgensen S. 15, der aber (S. 17) zugibt, „dass die Benennung kein absolutes Kriterium für die Neuheit ist".

[527]) Vgl. Dernburg, Pand. I, 2 S. 82; Planck zu § 950, 1; dazu die oben S. 30, Note 199 zitierten und Hoffmann S. 436.

[528]) S. 439—440.

[529]) S. 33.

darauf sein. Hätte ich daneben eine andere 'Vase', deren Material und Form denen der ersten im übrigen ganz gleich wären, bei der mir aber das Gemälde besser gefiele, dann würde ich eben des Gemäldes wegen diese Vase kaufen, im Bewusstsein, weniger eine 'Vase' als etwa ein 'Kunstwerk der Emailmalerei' erstanden zu haben.

Ein ähnliches Beispiel gäbe vielleicht das Bemalen eines Ostereis, eine Kunst, die von den Wenden in grosser Vollkommenheit ausgebildet ist. Es käme alles darauf an, was den Haupteindruck macht; ist es ein Ei, zwar bemalt, so liegt Neuheit nicht vor, ist es dagegen ein Kunstwerk der Eibemalung, so ist gewiss eine neue Sache vorhanden.

Auf den Wert der Bearbeitung kommt es hier bei der Entscheidung, ob eine neue Sache vorliegt oder nicht, nicht an[530]), sondern darauf, ob in dem Entstandenen der Unterlage oder dem durch die Bearbeitung geschaffenen Werke die grössere Bedeutung zukommt, ob man „die Sache in erster Linie von der künstlerischen oder der praktischen Seite ansieht“[531]) [532]).

Beim Schnitzen, Punzen, Brennen usw. hat derselbe Gesichtspunkt zu entscheiden wie beim Gemälde; beim Schreiben[533]) ist die Entscheidung einfacher, da hierbei nur der Fall in Betracht kommen wird, wo im 'Schriftwerk' oder ähnlichem unzweifelhaft eine neue Sache vorliegt; ebenso beim Zeichnen und Drucken.

Somit wäre alles klar, wenn jedes Bemalen usw. die Unterlage zurücktreten liesse. Durch „Malen, welches in Wahrheit nur ein Schmieren ist“[534]), wird nun aber niemals das Entstandene als neue Sache charakterisiert werden. 'Bemale' ich ein Stück Leinewand mit einer belanglosen Farben-

---

[530]) So auch Jürgensen S. 21.

[531]) Jürgensen S. 20.

[532]) Vgl. auch Hoffmann S. 452: „Für die Erkenntnis, ob eine neue Sache entsteht, ist das Verhältnis zwischen dem Werte des Stoffes und dem Werte der Verarbeitung unerheblich“.

[533]) Der § 894 des Entw. I erwähnte das Schreiben gar nicht erst.

[534]) Sohm S. 319.

zusammenstellung, so wird der Verkehr es immer noch als Leinewand, als leider beschmierte, ansehen; die Leinewand wird ihm als das Wesentliche erscheinen[535]). Beim Schreiben wird man in dem Fall, ebenso beim Drucken und Zeichnen, das Geschaffene nicht 'Buch', 'Drucksache', 'Zeichnung', 'Brief', 'Gedicht' usw. nennen, sondern 'beschriebenes, bedrucktes, mit Strichen verunziertes Papier'.

Im selben Sinne wird entschieden werden müssen, wenn ich von vornherein mit dem Bemalen, Beschreiben, Bedrucken usw. nur eine Verbesserung, Erweiterung bezwecke, z. B. wenn ich einen Theatervorhang[536]), ein Möbel bemale. Hier liegt es ganz zweifellos so, dass die Bedeutung des Malens hinter der Unterlage zurücktritt; Vorhang und Möbel bleiben, was sie sind. Es liegt dann nicht Bearbeitung, sondern Verbindung vor[537]).

Hierher gehört auch der Fall der Freskomalerei[538]); Rosenthal hat Unrecht, wenn er meint, bei der Freskomalerei erwürbe „der Spezifikant deshalb nicht das Eigentum, weil der Wert des Stoffes erheblich grösser ist als der der Verarbeitung“[539]). Hier liegt vielmehr gar keine Ver- oder Bearbeitung vor, denn das Ergebnis ist nicht eine neue beweg-liche[540]) Sache.

Zweifelhaft erscheinen mir die bei Hoffmann[541]) gegebenen Beispiele der mit einem künstlerischen Emailgemälde versehenen Taschenuhr, des mit kostbarer Stickerei geschmückten Sacktuchs. Hoffmann nimmt hier nicht Neuheit an, denn „nicht deshalb dürfe man eine Sache als neue ansehen, weil ihr Wert durch eine Bearbeitung, wenn auch

---

[535]) so auch bei der übermalten Gartenbank in dem Beispiel bei Jürgensen S. 14.

[536]) Vgl. Sohm S. 319.

[537]) Der § 950 B.G.B. ist der speziellere, §§ 947 u. 948 sind die umfassenderen; wo der § 950 nicht zur Anwendung gelangt, treten jene ein. (Vgl. Jürgensen S. 35; Windscheid-Kipp S. 872, 5).

[538]) s. oben S. 43.

[539]) Rosenthal S. 31.

[540]) B.G.B. §§ 93 u. 94.

[541]) S. 452, Anm. 10.

noch so erheblich, erhöht wurde". Wer sich dem bestickten Taschentuch gegenüber von der Vorstellung des Taschentuchs losreissen kann, wer es nur als Kunstwerk der Stickerei betrachtet, warum soll der nicht eine neue Sache annehmen dürfen? Bei der Taschenuhr ist es allerdings noch zweifelhafter; ebenso bei den Fällen des Vergoldens und Färbens, die Jürgensen[542]) bei den Oberflächenbearbeitungen anführt. Es ist wohl eine etwas gewaltsame Forderung, in der vergoldeten Schale nur die Kunst des Vergoldens, in dem gefärbten Tuch nur die vollendet schöne Farbe zu sehen (womit übrigens nicht bestritten werden soll, dass es im konkreten Falle möglich ist).

Im Anschluss an diese Ausführungen will ich nochmals das Verhältnis der Bearbeitung zur neuen Sache zusammenfassen:

1. Nicht durch jede Bearbeitung der Oberfläche entsteht eine 'neue Sache'[543]), es muss vielmehr
2. dem durch die Bearbeitung Geschaffenen der Unterlage gegenüber der Verkehr die wesentlichere Bedeutung (nicht Wert) zusprechen[544]).

γ) Das Verhältnis des Wertes der Bearbeitung zum Stoffwert.

§ 31.

a') *Die Bearbeitung.*

Nun habe ich durch Bearbeiten einer fremden Unterlage eine 'neue Sache' geschaffen. Damit werde ich noch nicht Eigentümer dieser Sache; vielmehr darf nicht[545]) „der Wert der Bearbeitung erheblich geringer sein als der Wert des Stoffes"[546]). Damit hat das Gesetzbuch ein zweites Erfordernis

[542]) S. 33; vgl. oben S. 72, Note 503.
[543]) Aehnlich auch Windscheid-Kipp S. 860.
[544]) so auch Jürgensen S. 19.
[545]) § 950 I B.G.B.
[546]) Was der Stoffeigentümer zu beweisen hat. (Vgl. Endemann S. 374).

des Eigentumserwerbs durch Ver- und Bearbeitung in das Ermessen des Verkehrs und des Richters gestellt[547]).

„Das B.G.B. berücksichtigt hier, abweichend vom Entwurf I das Wertverhältnis zwischen Stoff und Arbeit in der Weise, das der Regel nach der Arbeit das Uebergewicht beigemessen wird, von dieser Regel aber bei erheblichem Minderwerte der Arbeit gegenüber dem Stoffe eine Ausnahme gemacht wird“[548]). Das B.G.B. „hat sich hierbei freilich den *code civil*[549]) zum Muster genommen“[550]); aber der *code civil* hatte das umgekehrte Verhältnis: *si cependant la main-d'oeuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée,* während nach B.G.B. der „Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer“ sein soll[551]). Bei gleichem Werte müsste also nach dem c. c. der Stoffeigentümer, nach dem B.G.B. der Verarbeiter das Eigentum erhalten[552]).

Man hat dem B.G.B. einen schweren Vorwurf daraus gemacht, dass es das Wertverhältnis zwischen Arbeit und Stoff, dieser beiden schon an und für sich „inkommensurablen Grössen“[553]), anstatt es, wie es der Billigkeit entspräche, gleichzustellen[554]), „nun auch noch zuungunsten des Stoffes wesentlich verschoben hat[555])[556]).

Wann ist nun der Wert der Verarbeitung, der geringer ist als der des Stoffes, so gering, dass man ihn als ‘erheblich’ geringer bezeichnen kann? Besonders schwierig wird die Frage, da diese ‘erhebliche’ Verschiedenheit sich nun auch

---

[547]) Vgl. Fischer-Henle Anm. 5 zu § 950.

[548]) Planck zu § 950.

[549]) c. c. art. 571.

[550]) Rosenthal S. 31.

[551]) Vgl. Herr S. 41.

[552]) Vgl. auch Sokolowski, Spez. S. 300, Phil. S. 192.

[553]) Herr S. 42.

[554]) Vgl. Sokolowski, Phil. S. 189 u. 193.

[555]) Sokolowski, Spez. S. 301.

[556]) Gierke (Gutachtliche Aeusserungen S. 174) lobt den Entwurf, weil er „dem Uebergewicht der Arbeitsleistung in gebührender Weise Rechnung trägt“.

noch „daraus ergeben kann, dass 1. der Stoff von grossem Werte und 2. die Arbeit von besonders minderem Werte ist“ [557]). Jedenfalls kann man Sokolowski [558]) zustimmen, dass die Bezeichnung 'erheblich' wegen ihrer Unbestimmtheit in einem Gesetzbuche überhaupt vermieden werden solle. Dem Verkehre, der die 'Erheblichkeit' zu bestimmen haben wird, wird es nicht immer leicht sein, die Grenze festzustellen.

Zunächst ist zu untersuchen, was das Gesetz überhaupt unter dem 'Werte der Verarbeitung' [559]) versteht. „Das Wort Bearbeitung kann in dreifachem Sinne gebraucht werden“ [560]); es bezeichnet 1. sowohl die 'Tätigkeit des Bearbeitens' als 2. 'das durch die Tätigkeit Entstandene' als 3. technisch „denjenigen Fall, in dem man unter Bearbeitung den Eigentumserwerb zu verstehen hat“ [561]). Jürgensen will nun unter der 'Bearbeitung' (entsprechend der 'Verarbeitung') als technischem Ausdruck des Gesetzes „nur die Bearbeitung verstehen, die den Eigentumserwerb nach § 950 bedeutet“. Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, solle von 'Bearbeitung' nicht die Rede sein dürfen, sondern höchstens von einer „Tätigkeit des Bearbeitens, die rechtlich nicht unter den § 950 zu subsumieren ist“. Ich halte diese Ausführungen Jürgensens für Haarspalterei; sie entsprechen auch dem Gesetze nicht. Es nennt die 'Bearbeitung einer Oberfläche' als Fall der Verarbeitung in § 950 I, Satz 2, ohne damit den Sinn zu verknüpfen, dass mit der 'Bearbeitung' technisch der Eigentumserwerb gemeint sei. Vielmehr sagt es im § 950 I, Satz 1 ausdrücklich, dass der Erwerb erst dann eintreten solle, wenn nicht der Wert der 'Bearbeitung' erheblich geringer ist als der des Stoffes. Es nennt also selbst auch die 'Tätigkeit des Bearbeitens, die nicht zum Eigentumserwerb führt' 'Bearbeitung'; die Unterscheidung Jürgensens ist damit hinfällig.

Von grösserem Gewichte ist die Unterscheidung der

[557]) Sokolowski, Spez. S. 301, Phil. S. 194; vgl. auch Jürgensen S. 47.
[558]) Phil. S. 194.
[559]) ebenso der 'Bearbeitung'.
[560]) Vgl. auch Jürgensen S. 36.
[561]) Jürgensen S. 36.

beiden anderen Bedeutungen des Wortes 'Bearbeitung', ob damit gemeint ist das Produkt oder die Tätigkeit; für die Entscheidung, wer der Eigentümer wird, ist das deshalb von grösster Bedeutung, weil es ja gerade auf die Erheblichkeit des Wertes der Bearbeitung ankommt. Das soll an einigen praktischen Beispielen ausgeführt werden. Die Beispiele handeln sämtlich von künstlerischen Leistungen; im wesentlichen wird es sich darum handeln müssen[562]), damit der Eigentumserwerb durch Bearbeiten eintreten kann, denn nur dann wird — in der Regel — der Arbeit überhaupt eine selbständige Bedeutung dem Stoffe gegenüber zukommen.

I. Ich habe eine mir nicht gehörige Schale aus Buchsbaumholz, die einen Wert von 4 Mark hat, mit einer Kerbschnitzerei versehen, die einen Wert von 2 Mark darstellt; das Ganze hat also einen Wert von 6 Mark.

II. Ich habe auf einer kleinen Goldplatte, die meinem Freunde gehört, und die einen Wert von 8 Mark hat, ein Emailbildchen von ebenfalls 8 Mark Wert angebracht. Das Ganze ist also 16 Mark wert.

III. Ich habe auf mehreren Bogen echten holländischen Büttenpapiers im Gesamtwerte von 10 Mark das Kolleg eines berühmten Professors mitgeschrieben. Der Antiquar gibt mir, ohne Rücksicht auf das kostbare Papier, den bei ihm üblichen Preis von 9 Mark für das 'Kollegheft'. Das Ganze ist 19 Mark wert.

IV. In einem Berliner Café zeichnete ein dort verkehrender Künstler mit Bleistift Porträtskizzen der Gäste auf einen Marmortisch. Gesetzt nun, der Tisch hätte einen Wert von 20 Mark, die Skizzen einen Wert von 500 Mark, so wäre der Wert zusammen also 520 Mark.

In allen vier Fällen soll entschieden werden, ob der Bearbeiter Eigentum erwirbt oder nicht. Wenn nun im Ge-

---

[562]) Vgl. auch Jürgensen S. 50.

setze unter 'Bearbeitung' in dem Satze 'wenn nicht der Wert der Bearbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes' das Geschaffene, das Produkt gemeint wäre, so würde in allen vier Fällen der Wert der Bearbeitung (bezüglich 6 M.; 16 M.; 19 M.; 520 M.) erheblich grösser sein als der des Stoffes (bezüglich 4 M.; 8 M.; 10 M.; 20 M.) und der Bearbeiter würde Eigentümer werden. Dieses Resultat würde fast immer eintreten, wollte man das Produkt ansehen, „denn jede Arbeit erhöht den Wert mehr oder minder“ [563]); der Zusatz 'sofern nicht . . . . .' im § 950 I, Satz 1 wäre also ohne Bedeutung.

Erheblich anders wird die Sache, wenn man unter 'Bearbeitung' die Tätigkeit des Bearbeitens versteht. Der Wert der Bearbeitung wäre dann in den genannten vier Fällen entsprechend 2 M.; 8 M.; 9 M.; 500 M., denen die Stoffwerte 4 M.; 8 M.; 10 M.; 20 M. gegenüberstehen. Es würde also dann im Falle I vom Bearbeiter das Eigentum nicht erworben, denn der Wert der Bearbeitung wäre 'erheblich' geringer. Im Falle II, III und IV würde der Bearbeiter das Eigentum erwerben, denn im Falle II wären die Werte gleich, im Falle III der Wert der Bearbeitung nicht 'erheblich' geringer als der des Stoffes und im Falle IV der Wert der Bearbeitung ganz erheblich grösser.

Unzweifelhaft versteht das Gesetz hier unter 'Bearbeitung' die Tätigkeit des Bearbeitens, man müsste ihm sonst vorwerfen, es wolle Wortspiele machen [564]); die letzte Entscheidung der Fälle ist daher die richtige.

Streit besteht nun noch über die Frage, was als 'Wert der Bearbeitung' anzurechnen ist. Planck [565]) will unter dem Werte der Bearbeitung nur verstehen „den gemeinen Wert der vom Hersteller aufgewendeten Arbeit, ohne Rücksicht auf den Wert des von ihm etwa beigebrachten Stoffes. Das entspräche dem Wortlaute des Gesetzes, das nicht vom Ersatze

---

[563]) Hoffmann S. 435.

[564]) Vgl. auch Jürgensen S. 45.

[565]) zu § 950, 2, a.

der Aufwendungen spräche, und dem Grundgedanken der fraglichen Ausnahme, die nur das Wertverhältnis von Stoff und Arbeit im Auge habe". Dem kann ich mich nicht anschliessen. Eine solche Berechnung könnte immerhin zu Unzuträglichkeiten führen, wenn auch der Wert des etwa zugebrachten Materials selten in einem Verhältnis zu der Arbeit steht[566]). Nach Wortlaut und Willen des Gesetzes darf man also grundsätzlich im Falle II den Materialwert der Emailfarben, im Falle III den der Tinte, im Falle IV den des Bleistifts, soweit er abgenutzt ist, in die Bearbeitung einrechnen; im Falle I ist ein beigebrachter Stoff überhaupt nicht da. Von praktischer Bedeutung würde diese Befugnis in unseren Fällen nicht sein; ein positiver Geldbetrag für die beigebrachten Materialien liesse sich kaum konstruieren; wegen ihres verhältnismässig verschwindenden Wertes würden Treu und Glauben im Verkehr sie gar nicht berücksichtigen. Anders würde es sein bei verhältnismässig kostbaren Materialien, bei goldenen Farben z. B.; dann liesse sich der 'Wert' in Geld berechnen und müsste dann zu dem 'Werte der Arbeit' zugezählt werden, um den Wert der Bearbeitung zu ergeben.

§ 32.

b') *Der Stoff.*

Das B.G.B. setzt nun den 'Wert der Bearbeitung' in Vergleich mit dem des Stoffes. Es fragt sich also, was versteht das B.G.B. unter diesem 'Stoffe', der bearbeitet wird, was unter seinem 'Werte'?

Es erscheint zunächst fraglich, ob man bei der blossen Bearbeitung einer Oberfläche überhaupt von einem 'Stoffe' sprechen kann, ob der Begriff nicht vielmehr auf die Verarbeitung beschränkt werden muss. Das B.G.B. hat ihn auf die Unterlage ausgedehnt und wir können ihm darin folgen. Es kommt nach dem Gesetze nicht darauf an, dass der 'Stoff' von Grund aus umgebildet wird, sondern darauf, dass er

[566]) So auch Jürgensen S. 49, der auf Grund des § 651 II B.G.B. beweist, dass das B.G.B. die Zutaten zur Arbeit rechnet, wie es der Verkehr ja auch tue.

eine andere Gestaltung erfährt, wenn sie auch seine physische Existenz in alter Form nicht vernichtet.

Der Begriff des 'Stoffes' ist etwas Relatives. Man unterscheidet den Rohstoff und den Stoff, der bereits eine Behandlung erfahren hat. Dieser Stoff kann nun wieder die Grundlage für eine neue Sache werden und so fort[567]). Aus Flachs, Werg und Hanf (sogenannte 'Rohstoffe') wird Leinewand; es liegt bereits eine Spezifikation vor, denn auch hier ist „die Substanz nach der einen Seite hin Form, nach der anderen Stoff“[568]). Aus der Leinewand entsteht nun durch Bearbeiten ein Gemälde; die Leinewand ist daher 'Stoff' des Gemäldes. In diesem Sinne fasst auch das B.G.B. das Wort 'Stoff' auf[569]). Für das Gemälde ist also Stoff die Leinewand, nicht der Flachs; für die geschnitzte Schale die Holzschale, nicht das Buchsbaumholz; für das Emailbildchen die Goldplatte, nicht das Rohgold; für das 'Kollegheft' das Büttenpapier, nicht die Hadern; für die Zeichnung auf dem Tisch der Tisch, nicht Marmor, Holz und Eisen, die zu seiner Herstellung gedient haben. Als Wert des Stoffes kommt also jedesmal der Wert der schon gestalteten Sache in Anrechnung, nicht der Wert des Rohstoffs[570]); immer aber kommt nur der gemeine — objektive — Wert in Betracht, niemals der — subjektive — sogenannte Affektionswert. Denn dieser „beruht auf unkontrollierbaren Empfindungen und ist rechtlich durchaus gleichgültig“[571]). Stammte also im Falle II das Goldplättchen meines Freundes etwa aus dem Nachlasse seiner Grossmutter und war es ihm deshalb nicht für hundert Mark feil, so kommt doch nur der gemeine Wert von 8 M. in Anrechnung.

---

[567]) Vgl. hierzu die Entwickelung der Begriffe: Stoff, Form, *ὕλη, εἶδος, ἐντελέχεια, ἐνέργεια* in der aristotelischen und stoischen Philosophie (s. oben § 6 und § 17).

[568]) Sokolowski, Phil. S. 170.

[569]) Vgl. Jürgensen S. 39—40.

[570]) So Biermann zu § 950, 1, c; a. M. Planck zu § 950, 2, b; und noch entschiedener Staudinger zu § 950, 3.

[571]) Dernburg, Pand. II, S. 124.

§ 33.

δ) Nichtbeachtung der subjektiven Momente, der Rückführbarkeit und des guten Glaubens.

So haben wir gesehen, dass der Bearbeiter der Oberfläche dann das Eigentum erhält, wenn er dadurch eine neue bewegliche Sache hergestellt hat und wenn der Wert der Bearbeitung nicht erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Mit diesen objektiven Momenten erschöpft sich der Tatbestand des § 950 I. B.G.B.

Es wird nun noch darzustellen sein, dass es auf subjektive Momente bei der Bearbeitung nicht ankommt und dass das B.G.B. einige objektive Erfordernisse des Römischen und Gemeinen Rechts, den guten Glauben und die Rückführbarkeit, beseitigt hat.

Subjektive Merkmale bleiben bei der Bearbeitung ausser Betracht. Die Bearbeitung ist kein Rechtsgeschäft[572]) [573]), jedoch ist „bewusste Handlung[574]) erforderlich“ [575]). Der Hersteller „wird deshalb Eigentümer ohne Rücksicht auf die Vor-

---

[572]) Motive III, S. 360; Cosack, Sachenr. im Entw. S. 33; Gierke (Gutachtliche Aeusserungen S. 174) tadelt die Motive wegen der Sicherheit, mit der sie das aussprechen. Kohler (S. 134) hält die Verarbeitung für ein Rechtsgeschäft.

[573]) Das B.G.B. hat keine Definition des Begriffes ‘Rechtsgeschäft’. Nach den Motiven (I, S. 126) ist es „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der deswegen eintritt, weil er gewollt ist“. Dem stehen die „Rechtshandlungen gegenüber, an die die Rechtswirkungen sich anschliessen ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt sind oder nicht. Zu diesen gehört die Verarbeitung“ (Leske S. 61—62). Dieser Satz Leskes ist aber falsch. „Die Verarbeitung ist auch keine Rechtshandlung, denn der innere Grund ist nicht Anerkennung des Willens, sondern der wirtschaftliche Wert der Arbeitstätigkeit“ (Planck zu § 950, 1, c). Die Motive (III, S. 360) behielten die Entscheidung darüber, ob die Spezifikation eine Rechtshandlung sei, besser der Wissenschaft und Praxis vor, die wohl allgemein (vgl. Note 577 und 578) die Verarbeitung als juristische Tatsache ansieht.

[574]) Motive III, S. 360.

[575]) Biermann zu § 950, 1, e; s. auch Jürgensen (S. 52), der sie mit dem Essen und Gehen vergleicht.

schriften über Rechtsfähigkeit“ [576]). Auch nach Enneccerus-Lehmann [577]) ist „Spezifikation ‘als solche’ kein Rechtsgeschäft, sondern Herstellen eines tatsächlichen Erfolges mit rechtlicher Wirkung, also juristische Tatsache analog den Naturereignissen. Sie kann also vollwirksam seitens eines Kindes, eines Geisteskranken erfolgen“ [578]). Es würde danach ein Geschäftsunfähiger, der ein Gemälde auf fremder Tafel herstellte, Eigentümer werden, so z. B. „Mind, der ‘Katzenraffael’, der ein völliger Idiot gewesen sein soll“ [579]).

Die Rückführbarkeit, die nach der *media sententia* des Römischen Rechts [580]) ‘*post multas Sabiniorum et Proculianorum ambiguitates*’ bei der Spezifikation entschied, so dass bei Rückführbarkeit der Stoffeigentümer, bei Nichtrückführbarkeit der Spezifikant Eigentümer wurde, hat das B.G.B. [581]) nicht aufgenommen; „man mass ihr keine Bedeutung bei, da die Arbeit nicht ignoriert werden dürfe“ [582]). Der Künstler, der auf der Oberfläche einer fremden Kupferplatte das Negativ eines Kupferstichs schafft, wird Eigentümer, obwohl durch Schmelzen das Kupfer in die frühere Form zurückgebracht werden könnte [583]).

Während im Römischen und Gemeinen Rechte der gute Glaube des Verarbeitenden von entscheidendem Einfluss war [584]), hat das B.G.B. dieses Erfordernis für die dingliche Wirkung

---

[576]) Staudinger zu § 950, 5.

[577]) S. 181.

[578]) So auch Matthiass S. 70; Planck zu § 950, 1, c; Cosack, Sachenr. S. 137; Endemann S. 332; Herr (S. 41) will das aus der Fassung des § 950 entnehmen. Vgl. zu dieser Frage, auf die des näheren nicht eingegangen werden kann, Siber S. 35 ff; Eltzbacher S. 220 ff., wo sich weitere Literaturangaben finden.

[579]) Kohler S. 135.

[580]) § 25 I. *de r. d.* 2, 1.

[581]) wie schon das A.L.R. (vgl. Dernburg, Pr. Privatr. S. 565) und der c. c. art. 570.

[582]) Sokolowski, Spez. S. 297.

[583]) Für die Bearbeitung der Oberfläche käme die Rückführbarkeit übrigens wenig, nur bei Bearbeitung metallener Gegenstände, in Betracht.

[584]) Dernburg, Pand. I, 2, S. 86; die Frage ist jedoch sehr bestritten, vgl. Windscheid S. 567 und Anm. 3; S. 568, Anm. 4.

einfach fallen lassen und es in die Auseinandersetzung verwiesen[585]). Man hat das dem B.G.B. zum Vorwurf gemacht; Sokolowski[586]) nennt es „einen Verrat der vom Manchestertum beeinflussten Gesetzgebung an der Stabilität unserer Rechtsbegriffe", „Schädigung der vitalsten Eigentumsinteressen im Namen der Freiheit", „verführerische Chance für jede Rechtsverletzung", „Prämiierung der Hehlerei"[587]). Grund war auch hier für das B.G.B. sein Bestreben, der Arbeit einen möglichst umfassenden Schutz zu gewähren. Es sieht eben nicht nur in der 'erlaubten Arbeit'[588]), sondern in der Arbeit überhaupt ein schätzenswertes Gut[589]). Vielleicht ist das B.G.B. damit allerdings über einen „massvollen Schutz der redlichen Arbeit hinausgegangen"[590]) und man kann Sokolowski zustimmen, wenn er in der Beschränkung der Wahlfreiheit des Stoffeigentümers, ob er den verarbeiteten Stoff nehmen oder Ersatz für ihn haben will, einen grossen Fehler der Regelung des B.G.B. erblickt[591]), da es der Arbeit, die doch schon als Tätigkeit der gutgläubigen Verarbeitung objektives Unrecht ist, sogar seinen Schutz nicht versagt, wenn sie bösgläubig erfolgt.

Nach dem uns vorliegenden Wortlaut des § 950 kann auch der Dieb Eigentümer durch Bearbeitung werden[592]). Ja, wenn ich von dem Maler, von dem ich weiss, dass er die Unterlage gestohlen hat, das von ihm gefertigte Gemälde

---

[585]) Vgl. Johow S. 816; Protokolle S. 3768, bei Mugdan III, S. 646.

[586]) Spez. S. 303; Phil. S. 196—197.

[587]) Auch Cosack (Sachenr. im Entw. S. 33) hält diese Abänderung für sachlich nicht gerechtfertigt.

[588]) Vgl. Sulzer S. 159.

[589]) Dass die soziale Fürsorge des B.G.B. in dem Schutze der produktiven Tätigkeit tatsächlich gar nicht zu einem Schutze der 'redlichen Arbeit' gelangt, sondern nur dem Unternehmer seinen Gewinn sichert, hat Sokolowski (Phil. S. 198) nachgewiesen. Es erscheint wohl wahrscheinlich, dass das B.G.B. diese Konsequenzen übersehen hat (Sokolowski, Phil. S. 199).

[590]) Sokolowski, S. 197.

[591]) Vgl. die Beispiele bei Sokolowski, Phil. S. 194—195.

[592]) Planck zu § 950, 1, b; Dernburg, Sachenrecht S. 300; Cosack, Sachenrecht S. 137.

kaufe, mache ich mich nicht einmal nach § 259 St.G.B. der Partiererei schuldig, denn „die Jurisprudenz nimmt an, dass Hehlerei dann nicht vorliegt, wenn man vom Diebe Sachen erwarb, die dieser an Stelle der gestohlenen erlangt hat“ [593]).

§ 34.

ε) Bearbeitung für andere.

Es ist noch eine Streitfrage zu erledigen, die an den Wortlaut des § 950 anknüpft und davon handelt, wer Eigentümer einer bearbeiteten Sache wird, wenn jemand für einen anderen die Bearbeitung besorgt [594]) [595]). Da die Bearbeitung kein Rechtsgeschäft ist [596]), finden „an und für sich die Grundsätze über Vertretung keine Anwendung“ [597]). Doch findet ein Ausgleich statt nach zwei Richtungen: „Zunächst sieht der Verkehr auch den als Hersteller an, der zur Ausführung fremde Hilfe in Anspruch nimmt“ [598]) und „zweitens erfolgt in vielen solchen Fällen die Herstellung ohnedies in Erfüllung einer vertragsmässigen Verbindlichkeit, so beim Werkvertrag §§ 631 ff. Dann erscheint die Neuherstellung als ein Rechtsgeschäft, auf das die Vorschriften über Stellvertretung direkt Anwendung finden müssen“ [599]); „der Unternehmer erlangt

---

[593]) Dernburg, Sachenrecht S. 300; Olshausen zu § 259, 5: „der notwendige Kausalzusammenhang ist unterbrochen, wenn an die Stelle der durch die Straftat erlangten Sachen andere getreten sind“. A. M. von Liszt S. 475.

[594]) Deshalb wurde (Gutachtliche Aeusserungen S. 174) von Riess vorgeschlagen, den § 893 des Entw. zu fassen: 'Wer selbst oder durch andere . . .'. Das sächs. B.G.B. § 246 und 252 sagt: 'Wer für sich eine neue Sache schafft, eine Sache verwendet' (vgl. Siebenhaar S. 236, 5).

[595]) Nach gemeinem Rechte musste die Spezifikation *suo nomine* geschehen (s. unten Note 602).

[596]) oben S. 86/87.

[597]) Biermann zu § 950, 1, f; Staudinger zu § 950, 5; Planck zu § 950, 1, c; a. M. die in den Gutachtlichen Aeusserungen S. 174, 2 genannten; Cosack, Sachenr. im Entw. S. 33.

[598]) Staudinger zu § 950, 5; Leske S. 416; Protokolle S. 3770, bei Mugdan III S. 646.

[599]) Staudinger zu § 950, 5; Planck zu § 950, 1, c und 950, 3; Sokolowski, Spez. S. 306, Note 1; vgl. aber Biermann zu § 950, 1, f; Endemann

ein Pfandrecht (§ 647 B.G.B.) an der neuen Sache, deren Eigentum dem Spezifikanten zusteht“ [600]).

Schon nach gemeinem Rechte war — neben dem *animus rem sibi habendi*[601]) — erforderlich, dass die Spezifikation seitens des Spezifikanten *suo nomine*[602]) erfolgte; „wurde *alieno nomine*[603]) spezifiziert, so galt juristisch der Repräsentierte als Spezifikant“ [604]) [605]) [606]).

„Das B.G.B. spricht sich über die ganze Frage nicht aus, aber es ist das gleiche anzunehmen, da sonst ein absurdes Ergebnis herauskommen würde“ [607]); „der in der zweiten Kommission beantragte Zusatz ‘oder herstellen lässt’ wurde als selbstverständlich abgelehnt“ [608]). Daraus folgt: I. Wenn ich mit einem Maler einen Vertrag abschliesse dahin, dass er

---

(S. 334) hält es für „allgemeine Voraussetzung der Verarbeitung, dass sie ausserhalb jedes Vertrags- oder Dienstverhältnisses erfolgt“ (ebenso Enneccerus-Lehmann S. 182); sonst treten die Regeln des betreffenden Vertrages ein (vgl. auch Kohler S. 235). Im Endergebnis läuft diese Erklärung auf dasselbe hinaus wie Staudingers zu § 950, 5.

[600]) Leske S. 416.

[601]) Meykow S. 167.

[602]) l. 7 § 7 D. *de a. r. d.* 41, 1.

[603]) Vgl. auch Johow S. 816.

[604]) Sulzer S. 90; vgl. l. 25, 27 § 1 D. 41, 1.

[605]) „Das *‘suo nomine’* kann überhaupt kein Vertretungsverhältnis ausgedrückt haben, sondern beweist, dass, wie im B.G.B., auch damals die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend waren“ (Jürgensen S. 103).

[606]) Dieses Repräsentieren ist nicht Stellvertretung. Der Repräsentierende hat keine Willenserklärungen abzugeben, denn die Verarbeitung und Bearbeitung sind keine Rechtsgeschäfte; er ist lediglich das Mittel oder Werkzeug (Schmidt S. 33 nennt ihn ‘die verlängerte Hand’) des Spezifikanten. Es liegt dasselbe Verhältnis vor, wie wenn jemand sich zur Uebermittelung einer Willenserklärung eines Boten bedient. „Der Stellvertreter muss willensfähig sein, Geisteskranke und Kinder können nur Boten sein“ (Dernburg, Pand. I, 1, S. 276, Anm. 4). So wird auch die Ungerechtigkeit vermieden, die darin liegen würde, dass es bei jemand, der für sich bearbeitet, auf Willensfähigkeit nicht ankäme (vgl. oben S. 87), wenn er aber für einen anderen bearbeiten wollte, seine Willensfähigkeit in Betracht gezogen würde.

[607]) Dernburg, Sachenr. S. 300.

[608]) Planck zu § 950, 1, c.

für mich ein Gemälde, z. B. eine Landschaft, herstellen soll — zu dem er dann fremde Leinewand nimmt —, so liegt ein Werkvertrag vor[609]), „der Maler verspricht mir das Resultat seiner Arbeit, nicht auch die Arbeit selbst"[610]). Meines Erachtens ist jetzt[611]) so zu entscheiden: Der Maler wird durch das Bearbeiten der fremden Leinewand zunächst selbst Eigentümer, ist aber dann auf Grund des Werkvertrages obligatorisch verpflichtet, das Eigentum auf mich zu übertragen[612]). II. Anders der folgende Fall: In einer Fabrik, in der Emailbilder hergestellt werden, hat ein Arbeiter ein Emailbildchen auf einer fremden Goldplatte hergestellt[613]); hier wird der Fabrikant sofort Eigentümer des fertigen Bildes, denn der Arbeiter ist nur sein Werkzeug[614]) [615]).

In Betracht kommen können schliesslich auch noch folgende Fälle[616]): Auf meine Bitte verziert ein Freund von mir in Schenkungsabsicht mein Zigarrenspind mit Tiefbrandmalerei. 'Bearbeiter' im Sinne des Gesetzes bin ich; ich erwerbe an dem Kunstwerke das Eigentum. Anders, wenn er das Spind mit der Brandmalerei versieht, ohne dass ich es weiss, um mich zu überraschen; dann wird er Eigentümer, denn er bearbeitet zunächst für sich. Das weitere, die Einigung mit mir und die Uebergabe an mich, kommt dafür nicht in Betracht. Ebenso wird es sein, wenn in der Bearbeitung des Spindes eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu sehen ist; auch dann wird zunächst der Bearbeiter Eigentümer.

---

[609]) §§ 631 ff. B.G.B.

[610]) Kohler S. 331.

[611]) Nach Cosack, Sachenrecht S. 137, § 205, 5 „ist das äusserst zweifelhaft".

[612]) Vgl. dazu auch Johow S. 816.

[613]) Vgl. das Beispiel II, oben S. 82.

[614]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 306; Cosack, Sachenr. im Entw. S. 33; Herr S. 42.

[615]) Dafür, dass das Ergebnis dasselbe sein muss, ob man nun einen Dienst- oder Werkvertrag zugrunde legt, vgl. Jürgensen S. 96—97.

[616]) Vgl. Jürgensen S. 98.

§ 35.

ζ) Folgen des Eigentumserwerbs durch Bearbeitung.

Welche dinglichen Folgen hat nun der Eigentumserwerb durch Bearbeitung? Das B.G.B. sagt in § 950 II: „Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die am Stoffe bestehenden Rechte“ [617]). „Der § 950 II ist ähnlich der prokuleanischen Spezifikationstheorie, die auf der aristotelischen Lehre beruht: unter Ignorierung der ὕλη hängt alles vom εἶδος ab. Die strengen römischen Prozessformen knüpfen daran das Erlöschen aller bisherigen Rechte. In diesem Sinne ist die *nova species* eine *res nullius*“ [618]). Der Maler also, der ein Gemälde herstellt und dazu fremde Leinewand benutzt, die dem Pfandrecht eines dritten unterliegt [619]), erwirbt das Eigentum an seinem Gemälde, frei von jeder Last [620]) [621]).

Ob diese Folgen auch eintreten sollen, wenn der Eigentümer der Unterlage selbst eine derartige Bearbeitung vornimmt, dass er durch sie, wenn die Unterlage eine fremde wäre, Eigentum an der neuen Sache erwerben würde, ist bestritten. Nach Biermann [622]) „erlöschen die dinglichen Rechte, wenn der Spezifikant bereits Eigentümer des Stoffes war. Der Entwurf I hatte diese Bestimmung im § 896, der jedoch in zweiter Lesung als selbstverständlich gestrichen wurde“ [623]). Dem Gesetzgeber traten beim Abfassen des § 950 zwei Fälle entgegen: 1. der Eigentümer ver- oder bearbeitete seine eigene Sache, 2. ein Nichteigentümer ver- oder bearbeitete eine fremde

---

[617]) Vgl. dazu Biermann zu § 950, 2; Planck zu § 950, 5; Staudinger zu § 950, 1, c; Enneccerus-Lehmann S. 182.

[618]) Sokolowski, Spez. S. 262.

[619]) Vgl. Jürgensen S. 66.

[620]) Vgl. auch Cosack, Sachenrecht S. 138.

[621]) Dass der Besitz zu diesen „am Stoff bestehenden Rechten nicht gehört, und dass trotzdem der Besitz durch Herstellen einer neuen Sache untergeht“, hat Jürgensen (S. 67 ff.) nachgewiesen, auf den hier nur verwiesen werden soll.

[622]) zu § 950, 2.

[623]) Ebenso Strauss S. 35; Planck zu § 950, 5; Staudinger zu § 950, 1, c nennt es ein ‘*argumentum a maiore ad minus*’; a. M. Fischer-Henle zu § 950, Anm. 7.

Sache. In beiden Fällen sollte, wenn eine neue Sache entstand, der Ver- oder Bearbeiter das Eigentum haben; im ersten Falle verstand es sich von selbst, im zweiten Falle bestimmte es der § 950 I. Nun fragte es sich, wie es mit dem etwa am Stoffe bestehenden Rechten werden sollte. Für den zweiten Fall bestimmte der § 950 II: sie erlöschen. Für den ersten Fall sagt es das Gesetz nicht ausdrücklich, fordert aber zur analogen Anwendung geradezu heraus. Ich meine auch, dass es ein ungerechtfertigtes Vorziehen des — sogar bösgläubig bearbeitenden — Bearbeiters einer fremden Sache vor dem Bearbeiter seiner eigenen Sache bedeuten würde, wenn man jenem die neue Sache frei von allen am Stoff bestehenden Rechten, diesem sie nur mit allen auf ihr ruhenden Lasten geben würde; schon dieser Gesichtspunkt müsste ausreichen. Der Maler, der auf seiner eigenen Leinewand, die einem Pfandrecht unterliegt, ein Gemälde anbringt, hat mindestens denselben Anspruch darauf, dass infolge dieser Bearbeitung das Pfandrecht erlischt, wie der Maler, der fremde, einem Pfandrecht unterliegende Leinewand bemalt, dem er zugestanden wird[624]).

Diese dinglichen Folgen treten nun dann schon ein, wenn die Bearbeitung soweit vorgeschritten ist, dass die bearbeitete Sache als neue erscheint; ihre letzte Vollendung braucht die Bearbeitung noch nicht erreicht zu haben. Es würde z. B. genügen, wenn die Skizze eines grossen Gemäldes bereits auf die Leinewand gezeichnet ist, ohne dass schon Farben verwendet wurden. Im einzelnen Falle ist es Tatfrage.

§ 36.

η) Rechtliche Folgen bei erheblichem Minderwert der Bearbeitung.

Wir müssen noch untersuchen, was eintritt, wenn der Bearbeiter das Eigentum an der neuen Sache nicht erwirbt, weil der Wert seiner Bearbeitung erheblich geringer ist als

---

[624]) Natürlich wird auch hier ein obligatorischer Ausgleich herbeigeführt nach § 951 B.G.B.

der Wert des Stoffes; so in dem Beispiel I, oben S. 82, wo der Bearbeiter der geschnitzten Schale wegen erheblichen Minderwerts seiner Bearbeitung (2 M.) gegenüber dem Stoffwert (4 M.) das Eigentum nicht erhalten kann. Die Beantwortung dieser Frage hat zu zwei Ansichten geführt: Endemann[625]) nimmt „Miteigentum nach Verhältnis der Arbeit zum Stoffwert und analoge Anwendung des § 947 an. Denn der § 950 I, S. 1 negiere am Schluss nur den Alleinerwerb des Verfertigers und zwinge nicht zu der umgekehrten, unbilligen Forderung, dass er am Produkte dinglich gar nicht berechtigt sei.“ Herr[626]) kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis; „wenn auch ein Miteigentum an sich möglich wäre, da im § 950 Stoff und Arbeit einander gegenüberstehen, so darf man deshalb, weil das Gesetz in manchem Falle dem Alleineigentum das Miteigentum gegenüberstellt, das nicht auch ohne weiteres in allen anderen Fällen annehmen“.

Es handelt sich darum: Meint der Wortlaut des § 950 I, S. 1 (am Schluss), dass bei Nichterfüllung der Voraussetzung des 'nicht erheblich geringeren Wertes der Bearbeitung' der Stoffeigentümer das Eigentum der bearbeiteten Sache erhalten soll, oder soll nach dem Wortlaute des Paragraphen und nach seiner Stellung in dem Abschnitte „Verbindung, Vermischung, Verarbeitung“ hier Miteigentum des Bearbeiters und des Stoffeigentümers anzunehmen sein?

Ich schliesse mich der Ansicht Herrs an und glaube, unten[627]) bei Gelegenheit der Behandlung des Ausgleichs beim Vorhandensein einer unerlaubten Handlung bewiesen zu haben, dass nach der Bestimmung des § 951 II B.G.B. das Gesetz hier dem Stoffeigentümer das Alleineigentum, dem Bearbeiter nur einen obligatorischen Anspruch zuerkennt. Dann muss man allerdings annehmen, dass der Verlust der Arbeit ein Rechtsverlust im Sinne des § 951 I ist[628]) [629]).

[625]) S. 333.

[626]) S. 43; vgl. Biermann zu § 950, 1, c; Planck zu § 950, 2, d.

[627]) S. 103.

[628]) So Sokolowski, Spez. S. 303; a. M. Biermann zu § 951, 1.

[629]) Das Eintreten von Miteigentum wäre allerdings kein Rechtsverlust (vgl. Planck zu § 951, 1, a.).

In dem Beispiel I[630]) würde also der ursprüngliche Eigentümer der Schale Eigentümer der geschnitzten Schale werden, während der Kerbschnitzkünstler nur einen Ersatzanspruch nach § 951 wegen seines Rechtsverlustes hat.

§ 37.

ϑ) Einige andere Wirkungen der Bearbeitung.

Noch einige kurze Bemerkungen über Wirkungen, die die Bearbeitung in anderem Zusammenhange äussert:

1. dass die Abnahme einer bearbeiteten Sache von dem, der die Unterlage gestohlen hat, nicht unter den Begriff der Sachhehlerei fällt, ist bereits oben[631]) behandelt. Es wird aber, wenn die der Bearbeitung dienende Unterlage z. B. gestohlen war, angehen, das Produkt nach § 40 St.G.B. einzuziehen, da es „durch ein vorsätzliches Verbrechen hervorgebracht ist." Unsicher ist es, ob man das Produkt ansehen kann „als einen Gegenstand, der durch die strafbare Handlung dem Verletzten entzogen wurde", und es nach § 111 St.P.O. nach Beendigung der Untersuchung oder schon vorher von Amts wegen dem Verletzten zurückzugeben ist. Da „Sachen, die mit den entzogenen Gegenständen angeschafft sind"[632]) nicht darunter fallen, darf man das Produkt wohl auch nicht dazu rechnen.
2. Die erfolgte Bearbeitung einer empfangenen Sache, in Ansehung deren ein Rücktrittsrecht des Empfängers besteht, schliesst den Rücktritt aus[633]). Der Fabrikant von Emailbildern würde sich also des Rücktrittsrechtes begeben, wenn er die ihm gelieferten Goldplatten, an denen er sich[634]) ein Rücktrittsrecht vor-

---

[630]) oben S. 82 und 83.
[631]) S. 89, Note 593.
[632]) Vgl. Note 1 zu § 111 St.P.O. bei Hellweg.
[633]) B.G.B. § 352.
[634]) B.G.B. § 346.

behalten hatte, mit der Emailmalerei versieht oder versehen lässt[635]).

3. Die Bearbeitung einer vermachten Sache hat auch Wirkung auf das Vermächtnis. Das B.G.B. behandelt den Fall im § 2172: „Die Leistung einer vermachten Sache gilt dann als unmöglich, wenn sie . . . . in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet ist, dass nach § 950 der, welcher die neue Sache herstellt, Eigentümer geworden ist“[636]). Der Erblasser hat z. B. einem Freunde eine bestimmte Menge eines besonders guten Schreibpapiers vermacht. Einen Teil dieses Papiers hat er jedoch noch dazu benutzt, Erinnerungen aus seinem Leben aufzuschreiben; damit hat er eine neue Sache geschaffen. Es tritt nun[637]) eine *ademptio legati*, stillschweigende Aufhebung des Vermächtnisses, ein[638]). Ist die Bearbeitung durch einen anderen als den Erblasser geschehen, hat also der andere nach § 950 das Eigentum an der neuen Sache erworben, so kommt nach § 2172 II S. 2 die Vorschrift des § 2169 III zur Anwendung, wonach „im Zweifel der Anspruch als vermacht gilt, wenn dem Erblasser ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zustand“. Es gilt also der Bereicherungsanspruch[639]) als vermacht[640]). Hätte also in obigem Falle ein Dritter die Hälfte des Papieres gestohlen und einen Roman darauf geschrieben, so dass er nach § 950 Eigentümer wurde, so würde nach § 2172 I die Leistung der vermachten Sache zwar unmöglich sein, aber nach § 2172 II und 2169 III würde der dem

---

[635]) Biermann (zu § 950, 2) macht darauf aufmerksam, „dass hier die neue Sache zu einer Sache anderer Art gehören muss als die alte, andererseits kommt es auf das Wertverhältnis nicht an“.

[636]) Vgl. auch Planck zu § 2172, 1, c.

[637]) § 2172, II B.G.B.

[638]) Vgl. Planck zu § 2172, 1, d und 2; Fischer-Henle zu § 2172 Anm. 1.

[639]) § 951, 1 oder 2 B.G.B. s. unten §§ 40 – 42.

[640]) Vgl. Planck zu § 2172, 1, d.

Erblasser gegen den Dritten nach § 951 II zustehende Entschädigungsanspruch als dem Freunde vermacht gelten.

4. Nach H.G.B. § 1 II, 1 und 2 „gilt als Handelsgewerbe ein Gewerbebetrieb, der zum Gegenstande hat 1. die Anschaffung und Weiterveräusserung von beweglichen Sachen (Waren), ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung . . . . weiterveräussert werden, 2. die Uebernahme der Bearbeitung . . . . von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang eines Handwerks hinausgeht". Hier kommt es nicht darauf an, dass eine 'neue Sache' entsteht; ein Gewerbebetrieb, in dem z. B. unfertiges Porzellangeschirr angeschafft wird, um es nach künstlerischer Bemalung weiterzuveräussern, würde nach 1. ebenso als Handelsgewerbe gelten, wie der, in dem angeschaffte halbfertige Tontöpfe dutzendweise mit minderwertigen Verzierungen versehen werden; ein Gewerbebetrieb, in dem für andere z. B. Taschentücher mit kostbaren Stickereien versehen werden, würde ebenso nach 2. als Handelsgewerbe gelten, wie der, in dem dutzendweise in Taschentücher Monogramme gestickt werden — vorausgesetzt, dass der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

5. Ganz kurz soll noch auf das Verhältnis der dinglichen Regelung der Bearbeitung zum Urheberrecht hingewiesen werden. Der § 950 regelt nur die Eigentumsfrage, auf die Entscheidung der Frage des sogenannten geistigen Eigentums oder Immaterialgüterrechts kann er sich natürlich nicht einlassen. Die Regelung dieser Frage ist den Gesetzen über das Urheberrecht, Verlagsrecht usw. zu überlassen[641]).

[641]) Vgl. auch Sokolowski, Phil. S. 185.

§ 38.

2. Die Ausnahme des § 952 B.G.B.

In einem Falle macht das Gesetz — das ist eine Neuerung des B.G.B. — eine Ausnahme von der Regel des § 950 B.G.B., indem es das Eigentum an einer bearbeiteten Oberfläche, trotzdem der Bearbeitung ein ganz erheblicher Mehrwert gegenüber der Unterlage zukommt, nicht dem Bearbeiter zuspricht, sondern einem anderen. Der § 952[642]) sagt: „Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.

Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe".

Des weiteren noch „die Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer der Urkunde und sonst Beteiligten, insbesondere dem ehemaligen Eigentümer des benützten fremden Papiers zu regeln, hat das Gesetz keinen Anlass genommen" [643]).

Es würde sich also hier sowohl um den Fall handeln, dass der Schuldner den Schuldschein ausstellt auf ihm nicht gehörendem Papiere, als den, dass er ihn auf seinem eigenen Papiere ausstellt. Der Regel des § 950 nach würde in beiden[644]) Fällen der Aussteller, also der Schuldner, Eigentümer werden. Es sind nun vorwiegend praktische Gründe[645]), die den Gesetzgeber bewogen haben, das Eigentum sofort dem Gläubiger zustehen zu lassen[646]). Wollte man zunächst den Schuldner Eigentümer werden lassen nach § 950, dann hätte man wegen der akzessorischen Natur des Schuldscheins im Rechte der Schuldverhältnisse einen Paragraphen bringen müssen, durch den der Schuldner obligatorisch verpflichtet

---

[642]) Der Entwurf I (§ 1109) hatte die Vorschrift nur für Hypothekenbriefe, erst die zweite Kommission gab ihm allgemeine Fassung (vgl. Turnau-Förster S. 370). Die Stellung des § 952 im Gesetz ist übrigens nicht glücklich gewählt.

[643]) Windscheid-Kipp S. 873.

[644]) oben S. 92/93 zu vergleichen.

[645]) Vgl. Planck zu § 952, 1.

worden wäre, das ihm zustehende Eigentum am Schuldscheine auf den Gläubiger zu übertragen. Der § 952 vermeidet diesen Umweg; die Regelung verdient auch, da sie die Frage dinglich entscheidet, vor der nur obligatorischen den Vorzug. In der dinglichen Regelung geht das B.G.B. nun noch weiter, indem es im § 952 I, S. 2 bestimmt, das „die Rechte Dritter sich auf den Schuldschein erstrecken“ [647]).

Die Vorschrift des § 952 ist aber nur dispositiv, kann also durch besondere Vereinbarung ausgeschlossen werden [648]); das Eigentum steht dem Gläubiger auch nur zu, so lange die Forderung besteht [649]); dann steht dem Schuldner nach § 371 ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins zu [650]).

Welche „Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann“, das B.G.B. meint, kann hier eingehend nicht erörtert werden [651]), der § 952 greift aber in jedem Falle dann nur Platz, „wenn der Forderung eine vom Papiereigentum unabhängige Existenz zukommt“ [652]).

Für den Fall, dass der Schuldschein usw. auf fremdem Papiere ausgestellt ist, finden natürlich auch hier die Sätze über ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung [653]).

3. Der Ausgleich.

§ 39.

a) Die obligatorische Regelung.

Wie das Römische Recht den Ausgleich beim Schreiben

---

[646]) Zubehör des Rechtes ist der Schuldschein usw. nicht, denn nur Sachen im Sinne des B.G.B. (§ 90 und 97) können Zubehör haben (vgl. Planck zu § 952, 1; Staudinger zu § 952, 1; auch Turnau-Förster S. 370).

[647]) Das nähere bei Turnau-Förster S. 371 unter 5.

[648]) Vgl. Matthiass II, S. 70; Biermann zu § 952, 3; Planck zu § 952, b, *β*.

[649]) Fischer-Henle zu § 952, Anm. 2.

[650]) Vgl. Planck zu § 952, 2, c.

[651]) Man vergleiche dazu Biermann zu § 952, 1; Planck zu § 952, 2; Turnau-Förster S. 372.

[652]) Enneccerus-Lehmann S. 183.

[653]) Windscheid-Kipp S. 873.

und Malen auf obligatorischem Wege zu erreichen sucht[654]), so auch das B.G.B.[655]). Die dingliche Regelung, etwa durch das Entstehenlassen von Miteigentum, lehnte das Gesetz durch die Fassung des § 950 ab, und gab im § 951 eine obligatorische Regelung, die eintreten soll, ohne dass es auf den guten oder bösen Glauben ankommt. Diese obligatorische Regelung des Ausgleichs wurde notwendig, da das Gesetz „sich im Interesse des Verkehrs zwar genötigt sieht, das Eigentum auf den Verfertiger übergehen zu lassen, aber nicht dulden kann, dass jemand sich mit dem Schaden eines anderen bereichert“ [656]) und „wer durch die Verarbeitung das Eigentum erworben hat, soll nun aber noch nicht ohne weiteres auch den Vermögenswert erwerben. Die Bereicherung, die formal gerechtfertigt ist, ist es nicht materiell“ [657]).

Das B.G.B. unterscheidet die Ersatzpflicht nach dem guten oder bösen Glauben des Bearbeiters.

§ 40.

β) Bei gutem Glauben des Bearbeiters.

§ 951 I sagt: „Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden“.

Die Rechtsfolgen selber sollen an der Hand eines Beispiels angeführt werden: Ein Maler malt auf fremder Tafel in gutem Glauben ein Gemälde. Damit erleidet der Eigentümer der Leinewand einen Rechtsverlust nach § 950 I, S. 2. Er kann also von dem, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung

---

654) Auch die *actio utilis* des Eigentümers gegen den Maler ist eine obligatorische Ersatzklage, die nur die prozessuale Form einer dinglichen Klage hat (vgl. oben S. 61/62).

655) Im Anschlusse an das gemeine und preussische Recht (vgl. für A.L.R. I, 9 §§ 299—301).

656) Rosenthal S. 36; vgl. Motive III, S. 362.

657) Windscheid S. 569 und Anm. 6; vgl. auch Sulzer S. 168ff.

eintritt, also von dem Maler Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern[658]). „Als solche stellt sich dar der Vorteil desjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, deswegen, weil er diesen 'ohne rechtlichen Grund', lediglich infolge der formell notwendig gewordenen Neuregelung der dinglichen Rechtsverhältnisse erhält“[659]). Nach § 812 ist, „wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, ihm zur Herausgabe verpflichtet“. Der § 818 II trifft nun eine Bestimmung für den Fall, dass die Herausgabe nicht möglich ist, z. B. infolge Bearbeitung[660]); dann „hat er den Wert zu ersetzen“. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes, die an sich möglich sein könnte, kann nach § 951 I, S. 2 nicht verlangt werden, da sonst „das Gesetz den Zweck der Neuregelung des Eigentums vereiteln würde“[661])[662]). Der frühere Eigentümer der Unterlage kann also vom gutgläubigen Maler den Wert seiner Unterlage auf Grund des § 818 II verlangen; dagegen kann er nicht verlangen, dass ihm seine Unterlage wieder in den früheren Zustand versetzt werde. Der Wert ist zu ersetzen gemäss § 818 III und IV. Für den Fall, dass der Stoffeigentümer wegen des erheblichen Mehrwertes des Stoffes Eigentümer der bearbeiteten Sache würde[663]), würde der Bearbeiter einen Rechtsverlust[664]) erleiden. Es könnte also in dem Beispiel I[665]) der Kerbschnitzkünstler den Schaleneigentümer wegen der un-

---

[658]) Nach §§ 812ff.

[659]) Planck zu § 951, 1, c.

[660]) Vgl. Fischer-Henle Note 7 zu § 818.

[661]) Planck zu § 951, 1, c.

[662]) Vgl. aber Windscheid-Kipp S. 872—873, wonach der Ausschluss der Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, den § 951 I ausspricht, sehr weit wieder zurückgenommen wird durch die Möglichkeit einer Klage gemäss §§ 997, 258 auf Gestattung der Wegnahme gegen den in Besitz gelangten Eigentümer der Hauptsache.

[663]) oben § 36, S. 93—95.

[664]) oben S. 95.

[665]) oben S. 82.

gerechtfertigten Bereicherung in Anspruch nehmen, die darin liegt, dass jener durch das Kerbschnitzen um 2 Mark bereichert ist.

§ 41.

γ) Bei bösem Glauben.

Guter Glaube ist nicht vorhanden, wenn dem Bearbeiter[666]) „bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist", dass die Sache, die er bearbeitet, ihm nicht gehört. Hier tritt insofern eine Verstärkung der Haftung ein, als der bösgläubige Bearbeiter — auch wenn er erst später in den bösen Glauben kommt —, entweder von der Bearbeitung oder von der Erlangung der Kenntnis an nach § 819 I „verpflichtet ist, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre". Die Haftung vollzieht sich also[667]) nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 292 und 990.

§ 42.

δ) Bei unerlaubten Handlungen.

Noch weiter muss der böswillige Bearbeiter haften, wenn die Handlung des Bearbeitens mit einer unerlaubten Handlung verbunden ist[668]). Dann werden nach § 951 II, S. 1 „die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadenersatze wegen unerlaubter Handlungen, sowie die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung nicht berührt". Dazu vergleiche man die §§ 823, 848, 849.

Nach § 823 I kann also der Verletzte „vollen Schadenersatz verlangen, der nach §§ 249 ff. in erster Linie auf die Wiederherstellung des früheren Zustands geht"[669])[670]). Jedoch

---

[666]) Vgl. § 932 II B.G.B.

[667]) Vgl. §§ 818 IV und 819 I.

[668]) Vgl. Planck zu § 951, 2, a.

[669]) Planck zu § 951, 2.

[670]) Vgl. Staudinger zu § 951, 2. „Der zu ersetzende Schade umfasst auch den entgangenen Gewinn nach § 252."

wird in den meisten Fällen[671]) hier der § 251 II in Anwendung zu bringen sein, nach dem „der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld entschädigen kann, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist".

Das Gesetz hat hier die Rücksicht nicht zu nehmen, die es bei gutgläubiger Bearbeitung nimmt. Hier darf der Erfolg des § 950 I vereitelt werden, da durch die unerlaubte Handlung, sei sie vorsätzlich oder fahrlässig[672]), der Schutz des § 950 verwirkt ist. Für den Ersatz von Verwendungen vergleiche man §§ 994 ff. B.G.B., für das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung § 997.

Das Gesetz zwingt mich, dem Maler, der meine Leinewand gestohlen und darauf ein Gemälde geschaffen hat, das Eigentum daran unbestritten zu überlassen (§ 950); es lässt mir nur den obligatorischen Anspruch gegen ihn (§ 951), der für mich allerdings, wenn von jenem nichts zu erlangen ist, ein schwacher Trost bleibt[673]). Verlangen kann ich von ihm Wiederherstellung des früheren Zustandes (nach § 249), er wird aber auf Grund des § 251 II nur eine Entschädigung in Geld zu zahlen haben.

Der Ersatz von Verwendungen würde nur dann in Betracht kommen können, wenn der Stoffeigentümer trotz der Bearbeitung — wegen deren erheblichen Minderwertes — das Eigentum der bearbeiteten Sache erhielte. Denn nur dann würde sich sein Bearbeiten als eine Verwendung darstellen, analog denen, für die der Besitzer Ersatz verlangen kann[674]). Die Verwendungen müssen sich charakterisieren 1. als notwendige, 2. muss ihr Wert erheblich geringer sein als der Stoffwert, da ja sonst der Bearbeiter Eigentümer werden würde.

Damit ist — worauf bereits oben[675]) hingewiesen wurde —

---

[671]) Biermann zu § 951, 2.

[672]) Auch der gutgläubige Bearbeiter kann, wenn er fahrlässig (§ 276 B.G.B.) handelt, nach § 823 zum Schadensersatze verpflichtet sein (vgl. Rosenthal S. 48—49).

[673]) Dernburg, Sachenr. S. 300.

[674]) Nach § 994 B.G.B.

[675]) S. 94.

bewiesen, dass das Gesetz für den Fall, dass der Stoff erheblich mehr wert ist als die Bearbeitung, den Stoffeigentümer das Eigentum erwerben lässt und die Frage des Ersatzes der von dem Bearbeiter aufgewendeten Arbeit auf obligatorischem Wege regelt, nicht wie Endemann meint, durch Entstehenlassen von Miteigentum. Was hier vom Gesetze für den Bearbeiter ausdrücklich hervorgehoben wird, wenn auf seiner Seite eine unerlaubte Handlung vorliegt, kann natürlich auch im Falle seines guten Glaubens nicht anders sein.